

Luciane Aparecida Filipini Stobe

**O DIREITO SOCIAL DE MORADIA  
VIABILIZADO PELA VINCULAÇÃO DA RECEITA  
TRIBUTÁRIA**

Dissertação submetida ao Programa de  
Mestrado em Direito (MINTER) da  
Universidade Federal de Santa  
Catarina para obtenção do grau de  
Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Ubaldo Cesar  
Balthazar

Florianópolis, 2011

Catologação na fonte pela Biblioteca Universitária da  
Universidade Federal de Santa Catarina

S863d Stobe, Luciane Aparecida Filipini

O direito social de moradia viabilizado pela vinculação da receita tributária [dissertação] / Luciane Aparecida Filipini Stobe ; orientador, Ubaldo Cesar Balthazar. – Florianópolis, SC, 2011.  
143 p.: il.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito tributário. 3. Habitação.  
I. Balthazar, Ubaldo Cesar. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34



Luciane Aparecida Filipini Stobe

**O DIREITO SOCIAL DE MORADIA  
VIABILIZADO PELA VINCULAÇÃO DA RECEITA  
TRIBUTÁRIA**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre”, e aprovada com nota 10,00 em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Minter da Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 25 de outubro de 2011.

---

Professor. Dr. Luiz Otávio Pimentel  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Samuel da Silva Mattos  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Fábio Pugliese  
Universidade do Estado de Santa Catarina



Dedico este trabalho (ao som do sininho) a meu filho Lucas Stobe, um anjo perspicaz capaz de mudar minha forma de ver o mundo.



## **AGRADECIMENTOS**

a Deus que tem cuidado de minha vida como um exímio jogador de  
xadrez:  
me protege do adversário e me coloca em posição estratégica,  
com vistas sempre na próxima jogada.

ao Professor Doutor Ubaldo Cesar Balthazar, dedicado leitor, atuante  
orientador... por demonstrar que o conhecimento se produz no  
espaço da liberdade.

a meu marido, Valdecir Stobe, presença firme em minhas ausências,  
substituto ideal, parceiro e incentivador sempre...

a meus pais... afinal somente se chega a algum lugar a partir de um  
ponto de partida.





## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo indicar mecanismos tributários que viabilizem o direito social fundamental de moradia. Este estudo vincula-se à linha de pesquisa “Direito, Estado e Constituição” do Curso de Pós-graduação em Direito, do Programa de Mestrado (MINTER) da Universidade Federal de Santa Catarina. A pesquisa foi produzida sob orientação do Professor Doutor Ubaldo Cesar Balthazar, no período de janeiro a setembro de 2011. Teoricamente o estudo é baseado nas ideias de Immanuel Kant e Ingo Sarlet e foi desenvolvido com base na técnica de pesquisa bibliográfica, conduzida pelo método de abordagem dedutivo e método de procedimento monográfico. A dissertação divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo destina-se inicialmente a compreensão da trajetória histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. No momento seguinte, busca-se compreender a função social do tributo na República Federativa do Brasil. O segundo capítulo discute os conceitos de direito e a caracterização do direito de moradia como direito social fundamental, que compõe o mínimo existencial delineado pela dignidade humana. Por fim, no terceiro capítulo faz-se um estudo constitucional sobre as possibilidades de vinculação da receita tributária. Indicam-se métodos de interpretação da Constituição que orientam para a efetividade dos direitos sociais. Apresenta-se a perspectiva da vinculação de percentuais da receita do imposto de renda (IR) e do imposto sobre propriedade territorial urbana (IPTU) ao Fundo de Habitação de Interesse Social para a execução de políticas locais permanentes de garantia do direito de moradia. O resultado do estudo demonstra é juridicamente possível vincular a receita tributária do IR e do IPTU à produção social de moradia. Para tanto, há necessidade de Emenda alterando o artigo 167, IV da Constituição Federal para fazer constar, entre as ressalvas, a vinculação da receita do IR e do IPTU à moradia e, ainda, a alteração na Lei 11.124/2005 prevendo o repasse dos recursos do IR aos Fundos locais (municipais).

**Palavras-chaves:** Direito social de moradia. Receita tributária. Estado Democrático de Direito.



## ABSTRACT

This study aims to indicate ways of using taxes to ensure the fundamental social right of having a shelter. The study is part of the research program on *Right, State and Constitution* of the Graduation Law School of the Federal University from the State of Santa Catarina. The research was conducted from January to September of 2011 under the supervision of the Ph.D Professor Ubaldo Cesar Balthazar. Theoretically, the study is based on the ideas of Immanuel Kant and Ingo Sarlet and it was developed by using the deductive approach and the monographic procedure methods. The study is divided in three chapters. The first chapter contains two main parts. The initial part aims to broaden the comprehension about how the changes from the Liberal State of Rights to the Democratic State of Rights happened. The final part of the first chapter aims to help understand the social function of taxes for the Federal Republic of Brazil. The second chapter discusses concepts of human rights and characteristics of the right to have a shelter as a fundamental social right for human beings. The third chapter consists of an analysis of the Constitution and the possibilities of linking tax revenues to social policies. The study also indicates methods of interpreting the Constitutional Law in order to identify ways to link income tax revenues and revenues from urban property taxes to the Social Interest Habitation Funds. Connections between tax revenues and permanent social programs can guarantee the citizens their right to have a shelter. The results of the study demonstrate that it is judicially possible to link income taxes revenues and urban property revenues with the social production of shelter. In order to get it, it is necessary to pass a Law to change the Article 167, IV, and the Law 11.124/2005 of the Federal Constitution. The new law can make it possible to legally transfer financial resources received from tax revenues from the Federal Government to municipalities and also to use local tax revenues in social shelter policies.

**Keywords:** Social right for shelter. Tax revenue. Democratic State of Right



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
 <b>CAPÍTULO I – O TRIBUTO A SERVIÇO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b>	
1.1 Do absolutismo ao Estado Democrático de Direito .....	09
1.2 O Constitucionalismo Brasileiro .....	19
1.3 Os tributos como instrumento em prol dos direitos sociais fundamentais .....	30
1.4 Função social da tributação .....	35
1.5 Justiça tributária .....	40
 <b>CAPÍTULO II - MORADIA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL</b>	
2.1 Direitos: no caminho do conceito .....	49
2.2 Dimensões de direitos .....	54
2.3 Dignidade humana .....	59
2.4 Mínimo existencial .....	64
2.5 Direitos sociais .....	68
2.6 O direito social fundamental à moradia no Brasil .....	80
2.7 Reserva do possível .....	84
2.8 Solidariedade .....	88
 <b>CAPÍTULO III - RESPOSTA ESTATAL À DEMANDA SOCIAL DE MORADIA</b>	
3.1 Repartição de receita tributária .....	93
3.2 Vinculação da receita tributária .....	96
3.3 Óbices à vinculação da receita tributária .....	99
3.3.1 Princípio da tripartição dos poderes .....	99
3.3.2 Autonomia dos entes federados .....	103
3.4 Interpretação da Constituição .....	105
3.4.1 Doutrina da efetividade .....	105
3.4.2 Força normativa da constituição .....	106
3.4.3 Dirigismo constitucional .....	108
3.4.4 Método da ponderação .....	109
3.5 Destinação de receita tributária para produção de moradia .....	113
3.6 Perspectivas de viabilidade do direito social de moradia .....	120
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>127</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>131</b>



## INTRODUÇÃO

O objetivo principal do presente estudo é indicar mecanismos tributários que viabilizem o direito social fundamental de moradia. Para alcançá-lo sabe-se que é imprescindível a apreensão do conteúdo dos termos que lhe são relacionados e, acima de tudo, compreender em qual realidade histórico-social foram estes conceitos construídos.

Inicia-se o estudo a partir da trajetória do liberalismo, tendo como marco a Revolução Francesa para chegar ao Estado Democrático de Direito que orienta a República Federativa do Brasil.

No contexto do Estado Brasileiro, dissecam-se os conceitos de República, Constituição, Federação e Estado de Direito, visando compreender o constitucionalismo brasileiro que serve de sustentáculo para a nação.

Nesta seara constitucional procura-se identificar a função social do tributo como mecanismo arrecadatório e garantidor de direitos sociais fundamentais, analisando a atividade tributária pela via da justiça social e da justiça tributária.

No capítulo segundo a compreensão do *locus* dos direitos é o foco. Abordam-se diferentes conceitos de direito, acompanha-se a trajetória das dimensões, identifica-se a dignidade como figura central que se substancia no mínimo existencial. Os direitos sociais são abordados de forma mais detalhada para se chegar ao conceito de direito social fundamental à moradia, tema central do trabalho.

No decorrer do estudo a reserva do possível surge como um conceito de negação de direitos que é contra-atacado pela solidariedade.

Os dois primeiros capítulos aportam a base de sustentação para a discussão que se propõe no capítulo terceiro – uma resposta estatal à demanda social de moradia, a partir da vinculação da receita tributária. São imprescindíveis e, por isso analisados os subtemas da repartição das receitas tributárias, as exceções constitucionais que possibilitam a vinculação da receita, os obstáculos falaciosos da tripartição dos poderes e da autonomia dos entes federados.

Na busca de uma teoria de interpretação que garanta a efetividade dos direitos são apresentadas algumas correntes doutrinárias de hermenêutica constitucional. Por fim, a resposta à pergunta: há perspectivas de se ver efetivado o direito de moradia no Brasil?

Sem querer esgotar o tema que transita por diversas disciplinas, e sem a pretensão de indicar o caminho absoluto, o que se propõe é ler o direito de moradia pelas lentes do Estado Democrático de Direito e



ousar apresentar a vinculação da receita tributária como mecanismo garantista.

A escolha do tema é resultado da soma de olhares da pesquisadora nos espaços que interagiu, ora como professora de direito tributário, ora como secretária municipal de habitação. Esta trajetória fez conhecido o grande vulto da receita tributária e a insuficiência de sua aplicação na política pública de produção de moradia.

A razão da pesquisa encontra-se no problema social gerado pela falta de moradia digna, que se contrapõe à posição desta como direito social, num país que tem uma exorbitante carga tributária.

A pesquisa se concentra na área de “Direito, Estado e Sociedade”, identificando-se com a linha de pesquisa “Direito, Estado e Constituição” do Programa de Pós-graduação em Direito – Programa de Mestrado (MINTER) da Universidade Federal de Santa Catarina.

# **CAPÍTULO I**

## **O TRIBUTO A SERVIÇO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*Quando a Constituição dá os fins, dá os meios.* (Ruy Cirne Lima)

O atual estágio do constitucionalismo no Brasil pode ser compreendido a partir da leitura histórica da resistência humana, na modernidade, ao poder arbitrário e concentrado dos governantes e ao desrespeito aos direitos do homem. Estas lutas foram o estopim de guerras e revoluções, destacando-se como marco histórico a Revolução Francesa (1789).

As barbáries cometidas sob a proteção do ordenamento jurídico provocaram, principalmente, no pós-guerra (1945), a discussão doutrinária sob a condição humana e a promulgação de Constituições garantistas dos direitos fundamentais.

Um recorte de trajetória secular, da Revolução Francesa até a atual Carta Constitucional Brasileira (1988), nos limites da compreensão do Estado, da Constituição e dos Direitos Fundamentais, com vistas aos direitos sociais positivados é o que se propõe neste capítulo.

O mecanismo de sustento das políticas públicas garantistas de direitos sociais é apresentado pelo próprio texto constitucional, no cruzamento entre os objetivos da República Federativa do Brasil e a competência tributária, que permite discutir a função social do tributo.

### **1.1 DO ABSOLUTISMO AO ESTADO DE DIREITO.**

O Estado absolutista não garantia a segurança jurídica da sociedade burguesa, dada a constante intervenção do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. (CANOTILHO, 2003, p. 109)

O cenário da insegurança, da ingerência do Estado na vida dos súditos, impedia o exercício da liberdade e, a crença no poder absoluto do rei sustentava o privilégio dos nobres, à custa da exploração do povo e da classe média. Estas circunstâncias desembocaram na Revolução Francesa, que teve como lema "liberdade, igualdade e fraternidade"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> No entanto, outro episódio de enorme importância, e que também ecoou em nossas terras, deve ser mencionado. Antes do vendaval francês, ocorreu a Independência dos Estados Unidos,

Fora uma teoria de resposta ao absolutismo, encharcada de liberalismo, desenhada aos moldes da ideologia da classe burguesa, tendo como princípios informadores as liberdades públicas. A Revolução definiu-se em torno de valores primordiais: a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade. (ATALIBA, 2007, p.139/140).

A síntese revolucionária francesa ainda preserva um significado forte e atual. O núcleo substancial irradiador do projeto emancipador e humanista, que forjou a modernidade e continua a moldar a convivência social é indissociavelmente constituído dos valores da igualdade, liberdade e solidariedade. (NASCIMENTO, 2005, p. 429)

A Revolução Francesa soube encobrir o aspecto contraditório dos princípios do liberalismo e da democracia e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático (BONAVIDES, 2001. p.52)

Antes da Revolução Francesa, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia. (BONAVIDES, 2001, p.55)

Na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. (BONAVIDES, 2001, p. 40) Invocou-se a necessidade de limitar o poder do Estado frente às liberdades do indivíduo, fazendo surgir na Idade Moderna a noção de Estado de Direito, firmado na não intervenção estatal.

O Estado liberal<sup>2</sup> era de cunho normativo positivista, no qual se compreendia o direito como norma formal.

---

em 1776, que resultou na primeira democracia republicana da história moderna. Se filósofos iluministas como o escocês David Hume, o inglês John Locke, o suíço Jean-Jacques Rousseau e os franceses Montesquieu e Voltaire sustentavam que era possível e benéfico limitar o poder dos reis ou até mesmo governar sem eles, a Declaração Americana – a Certidão de Nascimento dos Estados Unidos – era a aposta prática nesse ideal revolucionário. Redigida pelo advogado Thomas Jefferson, a Carta anunciava que “todos os homens nascem iguais”, e com alguns direitos inalienáveis, incluindo a vida, a liberdade e a busca da felicidade. (GOMES, 2011, p. 29)

<sup>2</sup> O Estado liberal é o Estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão de direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do Estado de direito. (BOBBIO, 2000, p. 129)

As limitações do agir na sociedade passam a ser regradas pela lei, que nasce da vontade dos indivíduos. A norma substitui a arbitrariedade do poder do monarca. Todavia, continua guardando traços limitativos da liberdade como condição da convivência humana - garantia de paz e ordem.

Mas estas limitações são permitidas pelo próprio indivíduo na expressão de sua autonomia e, portanto, não arbitrárias. Sob orientação kantiana a autolegislação convive com o império da norma, sem violar a liberdade<sup>3</sup>.

Afirma KANT (2009, p.261) que *o ser racional tem de se considerar sempre como legislando num reino dos fins possíveis, pela liberdade da vontade, seja como membro, seja como soberano*. E prossegue lecionando que um ser racional, em decorrência de sua dignidade, não obedece a nenhuma lei senão àquela que ele dá ao mesmo tempo a si mesmo: *Ora, eu afirmo que temos necessariamente de conferir a todo ser racional que tem uma vontade também a idéia de liberdade, sob a qual somente ele age*. (KANT, 2009, p. 355)

Diz Immanuel Kant:

Só uma coisa é certa: que não é porque nos interessa que a lei tem validade para nós (pois isso é heteronomia e dependência da razão prática da sensibilidade, a saber, de um sentimento subjacente, e nesse caso ela jamais poderia ser moralmente legisladora) senão que interessa porque vale para nós enquanto homens, visto que se originou de nossa vontade enquanto inteligência, por consequente de nosso eu propriamente dito. (KANT, 2009, p.399)

O conceito de autolegislação remete a Rousseau, que na obra *Do Contrato Social* afirma que a obediência a uma lei dada por si mesmo é liberdade, pois a lei é registro da vontade. (ROUSSEAU, 2001, p. 48). José Joaquim Canotilho sintetiza a ideia: *a ordem política é querida e*

---

<sup>3</sup> A liberdade para Kant é apenas uma ideia, apanágio de todos os seres racionais, autonomia da vontade que pode ser compreendida e reconhecida nas ações do homem como determinação da vontade racional. Em suma, toda ação que tem como pressuposto o Homem empírico, *fenomênico*, é, não obstante, ação livre, no momento em que se determina por uma vontade, um querer heterônomo, puramente racional, que não pertence ao Homem físico, o Homem individualidade, ser biológico, o *Homem coisa entre coisas*, mas a outro Homem, a saber, o Homem moral e inteligível, o Homem *noumênico*, o Homem pessoa, o Homem como “coisa em si” (*Ding na sich*), ou seja, enfim, o homem na liberdade! (BONAVIDES, 2001, p.109)

conformada através de um contrato social assente nas vontades individuais. (CANOTILHO, 2003, p. 58)

Na matriz positivista, para Hans Kelsen *dizer que um homem sujeito a uma ordem moral ou jurídica é “livre” significa que ele é ponto terminal de uma imputação apenas possível com base nessa ordem normativa*. Ou seja, o homem livre se sujeita às próprias leis. (KELSEN, 2009, p. 104)

A doutrina burguesa consolidou os direitos de liberdade e para salvaguardá-los da onipotência do rei decompôs a soberania<sup>4</sup> na tripartição dos poderes.

De forma esclarecedora Immanuel Kant afirma que o Estado encerra três poderes dentro de si, isto é, a vontade unida geral consistente de três pessoas: o poder soberano (soberania) na pessoa do legislador; o poder executivo na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz. (KANT, 2008, p. 155)

A teoria da tripartição se deve ao filósofo Montesquieu que, apoiado nas ideias de John Locke, escreve *O Espírito das Leis*, no qual afirma que “o poder detém o poder”. A marca da liberdade em sua teoria é uma negação de soberania estatal – direito de abstenção da ação estatal em relação à liberdade do indivíduo<sup>5</sup>. (BONAVIDES, 2001, p.50). O Estado mantém-se alheado e ausente de iniciativa social.

Todavia, a doutrina de uma única classe não se sustentou diante da dinâmica da vida social que era composta por outros anseios do povo, o que deu conta de abrir caminho para o princípio democrático<sup>6</sup>.

Sob a orientação filosófica de Jean-Jacques Rousseau, a soberania (inalienável, imprescritível e indivisível) pertence ao povo, o qual confere ao Estado os direitos de liberdade (naturais) e na devolutiva recebe direitos civis, de forma igualitária. Surge, em Rousseau, o aprofundamento da discussão da igualdade como princípio norteador do Estado. (ROUSSEAU, 2001, p. 40)

Todos os indivíduos são iguais perante a lei.  
Graças ao caráter geral do instrumento legislativo,

---

<sup>4</sup> A soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num *poder supremo* no plano interno e num poder *independente* no plano internacional (...) A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia na *monopólio* de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impôr a *efetividade* das suas regulações e de seus comandos. (CANOTILHO, 2003, p. 90)

<sup>5</sup> Ronald Dworkin concebe a liberdade tradicional por ausência de restrições impostas pelo governo ao que um homem poderia fazer, caso desejasse. (DWORKIN, 2010, p.411)

<sup>6</sup> Afirma Paulo Bonavides: do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes. (BONAVIDES, 2001, p.43)

as situações subjetivas que estão compreendidas em determinado fato abstrato são tratadas de modo igual, ou seja, à luz dos mesmos princípios normativos e segundo as mesmas regras. Iguais, portanto, são todas as consequências jurídicas de comportamentos jurídicos equivalentes. Isto não significa que o Estado de Direito tenda a equiparar os cidadãos em função de certos padrões conteudísticos ou finalísticos. A igualdade jurídica não deve ser confundida com a igualdade “substancial” (com esta expressão genérica, no Ocidente, entende-se, na maioria das vezes, algum tipo de equilíbrio das condições socioeconômicas dos sujeitos), nem deve ser confundida com um efetivo gozo de direitos dos quais os cidadãos são formalmente titulares. (ZOLO, 2006, p. 39)

A igualdade formal do liberalismo encobria uma desigualdade fática, daqueles que não tinham liberdade de escolha porque desapossados de quase todos os bens. O binômio igualdade/liberdade passa a ser entendido como precondição recíproca, ou seja, só tem valor a liberdade como condição prévia, como base de um procedimento ativo e criador, mediante o qual o homem, sem o estorvo de qualquer pressão estranha, e sem o encadeamento de uma baixa paixão, siga as suas próprias aptidões.

Uma das primeiras transformações a que passou o liberalismo foi o reconhecimento geral da liberdade política, pelo sufrágio universal.

Mas, a simples declaração formal de direitos de liberdade e igualdade em textos constitucionais nos países de economias de mercado capitalista que produziram (ainda produzem) desigualdade social manteve muitos indivíduos distanciados da concretização dos direitos fundamentais.

Abriu-se então o caminho democrático que defluiu numa nova posição do Estado – o Estado social – interventor na economia. Isto se deve ao fato de que o proletariado não se contentou apenas como o direito formal do voto, mas reivindicou uma legislação de compromisso com as questões sociais. (BONAVIDES, 2001, p.189)

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A Questão Judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem

egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade. (CANOTILHO, 2003, p. 384)

O reconhecimento de direitos civis e políticos é a porta que se abre para a inclusão em pauta dos direitos sociais e a transformação do Estado liberal<sup>7</sup> em Estado social<sup>8</sup>. Ensina Paulo Bonavides que debaixo das pressões sociais e ideológicas do marxismo, o Estado liberal não sucumbiu nem desapareceu: transformou-se. Deu lugar ao Estado social (BONAVIDES, 2001, p.37)

Com efeito, a ordem liberal, politicamente institucionalizada através de direitos civis e políticos assegurou o estabelecimento de um sistema social em torno da economia livre de mercado, economia esta que terminou por gerar um quadro de profundas e injustas desigualdades sociais, sob a égide de um Estado mais preocupado em representar os interesses dos detentores dos meios de produção do que em proteger os setores menos favorecidos ou mais fracos da sociedade. (BARETTO *in* SARLET, 2003, p.128)

Novas exigências sociais surgiram no modelo industrial pela exclusão de muitos sujeitos, postos em condição de desigualdade social. Essas desigualdades, que puniram durante décadas a massa de trabalhadores, serviram como condições sociais objetivas para o surgimento da categoria dos direitos sociais como direitos humanos, pois tinham a ver com a própria sobrevivência do indivíduo, prisioneiro das engrenagens da economia liberal. (BARETTO *in* SARLET, 2003, p.128).

Enquanto a revolução burguesa produziu um Estado de direito liberal, a revolução industrial demandou o Estado social.

Com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado amigo, o Estado-medo ao Estado-

---

<sup>7</sup> Foi posição hegemônica até o início do século XX.

<sup>8</sup> O Estado Social de Direito é consequência de um longo processo histórico de transformação paulatina do Estado Liberal de Direito, que surge no decorrer do último quarto do século XVIII, fincado em três bastiões: 1) princípio da legalidade; 2) princípio da separação de poderes; 3) reconhecimento dos direitos individuais (ou civis) – vida, liberdade e propriedade -, limites para a atuação estatal. O Estado Social começa a se delinear no transcurso do século XIX e alcança um estopim ou uma sistemática mais consolidada com o início da segunda metade do século XX. (OLIVEIRA, 2010, p. 43)

confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade. (BONAVIDES, 2008, p. 380)

O Estado social é Estado pró-ativo de políticas públicas que atuam na redução das desigualdades sociais. Este modelo de Estado indica uma postura estatal ativa, prestacional, empreendedora, intervencionista, no desiderato de equilibrar a economia e promover a igualdade e o desenvolvimento social. (HABERMAS, 2003, p.170)

Infelizmente na história, o *welfare state* teve cunho clientelista, não emancipatório. Todavia, na essência, o Estado social é um Estado decorrente de uma sociedade que reconhece direitos fundamentais, os quais podem ser solicitados, requeridos do próprio Estado, não como um favor, mas como um dever (são cobrados, exigidos): *as pessoas não são vistas como coitadas, dignas de pena, de ajuda, de benevolência alheia, mas como titulares de direitos.* (OLIVEIRA, 2010, p.55)

O distanciamento de uma real democracia teve por consequência regimes ditatoriais, estabelecidos sob o comando do direito e violadores de direitos fundamentais, como foi o caso da experiência nazista.

O movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, surgindo a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador dos direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana (PIOVESAN, 2002, p.131).

Construir um Estado de garantia de direitos aos sujeitos livres, ou seja, compatibilizar o Estado de direito com o Estado social, foi tema recorrente no início do século XX. Confrontaram-se por muito tempo dois paradigmas: *um, que poderia ser definido como paradigma liberal, “minimalista” e, outro como paradigma socialdemocrático-welfarista.* (BACCELLI, 2006, p.536)

Luís Roberto Barroso, ao prefaciar a obra de Fábio Corrêa Souza de Oliveira, afirma que o discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado



liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal)<sup>9</sup>. (OLIVEIRA, 2010, XX)

A Segunda Guerra Mundial abriu os olhos do mundo para a necessidade de implantar os direitos dos cidadãos, num Estado constitucional de direito<sup>10</sup>. Foi um marco de transição dos sistemas políticos liberais oitocentistas.

As constituições europeias do pós-guerra incluem nos seus princípios fundamentais um significativo conjunto de direitos sociais e, mais em geral, a “cidadania social”, que pressupõe a fruição de uma série de prestações fornecidas e garantidas pelo Estado. (BACCELLI, 2009, p. 511)

A discussão em torno do “Estado de Direito”<sup>11</sup>, iniciada a partir da Segunda Guerra Mundial, não pode senão investir o significado e as funções do “Estado democrático”, do “Estado constitucional” e do “Estado social”.

Nos últimos decênios do século XX, encerrado o longo parêntese do pós-guerra, o “Estado de Direito” afirmou-se como uma das fórmulas mais felizes da filosofia política e da filosofia jurídica ocidentais. (ZOLO, 2006, p. 3)

Surge nesse cenário, o Estado Democrático de Direito que não se subsume a uma política clientelista, mas grava-se pela democracia, pressupondo o espaço social como campo de luta, de conquista por sujeitos de direitos, não por pedintes a um Estado assistencialista.

Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de

---

<sup>9</sup> A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa. (Cf. Luís Roberto Barroso, in OLIVEIRA, 2010, p.XX)

<sup>10</sup> (...) A Lei Fundamental de Bonn positivou juridicamente o princípio de um novo regime repassado da união conciliatória da liberdade com a isonomia democrática, debaixo de uma idéia nova que vinha restaurar a noção de Estado, tão lacerada pelos excessos autoritários das décadas de 20 e 30. Tais excessos, perpetrados por ideologias que confiscaram as liberdades do cidadão, convulsionaram o meio social e político e propiciaram o advento das ditaduras. (BONAVIDES, 2001, p. 37/38)

<sup>11</sup> Chamamos de “Estados de direito” os Estados onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem. (BOBBIO, 2004, p. 60)

*transformação da realidade* (MORAES, 2003, p.56)

Neste sentido, é preciso ter presente que o Estado Democrático de Direito<sup>12</sup> deve romper, e o faz efetivamente, com a tensão entre a autonomização e amoldamento que caracterizou muitas experiências do Estado Social – tomado este conceito, aqui, em sentido amplo, para abranger todas as experiências tidas ao longo, em particular, do século XX. Ou seja, o Estado Democrático de Direito não pode se fazer à custa do amoldamento da subjetividade individual, através de estruturas compensatórias de promoção clientelista do consumo, por intermédio de um duplo de proteção e normalização de condutas.(MORAES, 2003, p. 57).

É o núcleo rígido de uma Constituição, demarcado pela garantia de direitos individuais e pelo refreamento do poder arbitrário e concentrado, que constrói o conteúdo do Estado de Direito (*rule of law*)<sup>13</sup>.

Os elementos essenciais da Constituição podem ser extraídos do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que afirma inexistir Constituição caso não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais, e a separação dos poderes.<sup>14</sup>

Assim, por Constituição moderna entende-se a *ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político*. (CANOTILHO, 2003, p. 52)

Luigi Ferrajoli aponta a existência de dois momentos do Estado de Direito moderno. O primeiro denominado Estado legislativo de direito que se coaduna com a posição kelseniana<sup>15</sup> e expressa um sentido

---

<sup>12</sup> O Estado Democrático de Direito é, destarte, o corolário de toda uma evolução jurídico-política relativa à organização da sociedade. Procura-se, por meio dele, garantir a liberdade de livre iniciativa econômica (Estado liberal) dentro de um contexto de igualdade de oportunidades (Estado social) (SPAGNOL, 1994, p. 36)

<sup>13</sup> A expressão *européia* –continental Estado de Direito e a expressão *rule of law* de raízes históricas da Grã-Bretanha e influência sob os Estados Unidos podem ser equiparadas conceitualmente no que se refere a doutrina dos direitos subjetivos, respeitadas as diversidades culturais e relativa independência das teorias. (ZOLO, 2006, p.3/4)

<sup>14</sup> O jusnaturalismo, mesmo com todas as suas variantes, foi a filosofia dominante da época pré-moderna enquanto ainda não existia um sistema formalizado de fontes fundado sobre o monopólio estatal da produção jurídica; o juspositivismo foi dominante depois das codificações e do nascimento do Estado moderno; o constitucionalismo é hoje dominante, ou de qualquer modo está se tornando como tal, após a introdução da garantia jurisdicional da rigidez das constituições. (FERRAJOLI, 2006, p. 437)

<sup>15</sup> Estado de Direito é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis, isto é, as normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de

formal segundo o qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos. O princípio da legalidade é a própria fonte da legitimação: uma norma existe e é válida não porque é intrinsecamente justa e ainda menos “verdadeira”, mas somente porque é proclamada em forma de lei, por sujeitos habilitados por ela. (FERRAJOLI, 2006, p.423)

O segundo, nominado de Estado Constitucional de Direito<sup>16</sup>, designa aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos estão igualmente sujeitos à lei, não somente quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos do seu exercício.

O Estado Constitucional, para ser um estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*. (CANOTILHO, 2003, p.93)

Segundo Jürgen Habermas, não existe direito, pode-se dizer, sem direitos. A teoria habermasiana tem o mérito de conceber o Estado de Direito<sup>17</sup> essencialmente como um Estado dos Direitos. (BACCELLI, 2006, p.535). A constitucionalização<sup>18</sup> dos direitos fundamentais é o marco para efetivação desses direitos.

No Estado democrático o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular<sup>19</sup> é, pois, uma das traves mestras do Estado Constitucional. O poder político derivado do “poder dos cidadãos”. (CANOTILHO, 2003, p. 98)

Ninguém até hoje apresentou uma alternativa de regime político melhor, capaz de assegurar, a um

---

Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas (...) e todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo o Estado é uma ordem jurídica (KELSEN, 2009, p.346-353).

<sup>16</sup> Estado constitucional é uma tecnologia política de equilíbrio político-social através da qual se combateram dois “arbitrios” ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais. (CANOTILHO, 2003, p.90)

<sup>17</sup> Para Norberto Bobbio o Estado de direito é o Estado que tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao direito, do nível mais baixo ao mais alto, através daquele processo de legalização de toda ação de governo, que tem sido chamado desde a primeira constituição escrita da Idade Moderna, de constitucionalismo. (BOBBIO, 2000, p. 170)

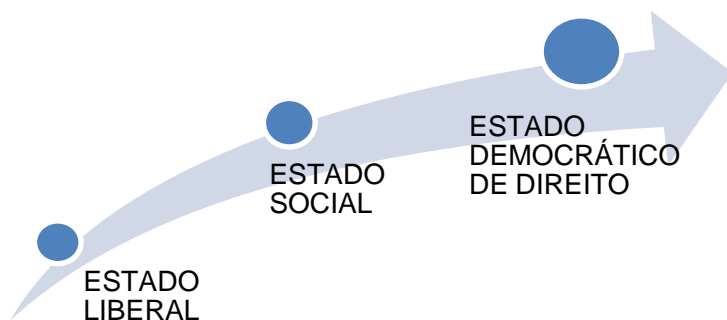
<sup>18</sup> O constitucionalismo é um movimento político, social e cultural que questionou os esquemas tradicionais do domínio político e se firmou como uma *teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade*. (CANOTILHO, 2003, p.51)

<sup>19</sup> Nas democracias o povo é o soberano (ARISTÓTELES, 2001, p.87)

só tempo, nossa autonomia de indivíduos, aos quais se reconhecem direitos e liberdades fundamentais e a nossa autonomia de cidadãos, aos quais se permite interferir nos assuntos que a todos afetam. (NASCIMENTO, 2005, p.422)

A democracia é assim entendida como a melhor forma de governo porque o Estado é em sua *embriogenia*<sup>20</sup> o agrupamento humano organizado, e como tal precisa ser alimentado constantemente da vontade de seus formadores – os cidadãos.

A compreensão da passagem do Estado Liberal ao Estado Democrático pode ser assim sintetizada:



## 1.2 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.

A compreensão do atual momento constitucional brasileiro depende da análise da evolução constitucional no Brasil, a qual apresentou três fases distintas, conforme Paulo Bonavides. (BONAVIDES, 2008, p.361).

A primeira fase, de inspiração francesa e inglesa, iniciou-se em 1822 (Proclamação da Independência) e encerrou-se com o advento da República em 15 de novembro de 1889. Denominada constitucionalismo do Império teve como peculiaridade a repartição tetradimensional de poderes (modelo de Benjamin Constant) com a presença do poder moderador que repousava de forma cumulada com o poder executivo, nas mãos do Imperador. O regime monárquico, de um parlamentarismo *sui generis*, vigorava numa sociedade escravocrata, sob a égide da Carta outorgada de 1824.

---

<sup>20</sup> Termo utilizado por Alfredo Augusto Becker (BECKER, 2002, p. 161)

A segunda época constitucional da história brasileira é marcada pelo advento da República e pela mudança dos valores e princípios da organização do poder. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, de tônica liberal e influência norte-americana, estabeleceu o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Devido à desmoralização oligárquica dos poderes, a Primeira República (1891-1930) preparou o terreno para quatro anos de ditadura, num governo provisório.

A promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934 inaugura a terceira época constitucional da história brasileira que muda o rumo dos princípios por introduzir, sob a influência da Constituição de Weimar, o aspecto social em matéria de direitos fundamentais. Este período se estende por mais de 50 anos, passando pela Segunda República (1934-1937), pelo Estado Novo, pelo golpe de Estado de 29 de outubro de 1945, pela Terceira República (18 de setembro de 1946) que vigorou até a Revolução dos militares em 1964. A ditadura militar teve por instrumentos a Carta de 24 de janeiro de 1967 e o Ato Institucional de 17 de outubro de 1969.

O constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos. Tudo, porém indissolivelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade. (BONAVIDES, 2008, p.368)

A Constituição de 05 de outubro de 1988 manteve a tradição de Weimar, dando preeminência ao social. Reconhece Paulo Bonavides que a *Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social*. (BONAVIDES, 2008, p. 371)

A Constituição Federal de 1988, de matriz principiológica, nitidamente inspirada nas Constituições Ibéricas – frutos dos vitoriosos movimentos democráticos da década de 70 -, introduziu uma nova configuração no âmbito do direito público: um texto que extravasa os limites do constitucionalismo tradicional, de corte liberal, albergando na Lei Maior um extenso elenco de

direitos fundamentais, bem como incorporando, por meio dos princípios, opções valorativas e, por meio de diretrizes, compromissos políticos. (MAIA, s/d, p. 119)

A Constituição Federal de 1988 formata o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito, conforme previsão do artigo 1º<sup>21</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1988 marca o pós-positivismo<sup>22</sup>: o reconhecimento na doutrina constitucional da estrutura normativa composta de regras e princípios e a vinculação do direito e da moral. Corrente adotada por Paulo Bonavides e protagonizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy. (MAIA, s/d, p. 119)

A Constituição brasileira *radica o âmago da estrutura política da nação nos direitos fundamentais e aposta no neoconstitucionalismo para operacionalizar o sistema jurídico a partir da idéia expansiva dos direitos fundamentais*. (MAIA, s/d, p. 162)

A Constituição contemporânea é *rematerializada, conformada com princípios, valores, direitos fundamentais e diretrizes de denso conteúdo normativo – uma constituição onipresente, que se pretende vinculante e eficaz em todas as áreas jurídicas*. (MAIA, s/d, p. 150).

Além da vinculação, o Estado Democrático de Direito tem elementos característicos.

A República Brasileira é Estado de Direito que erradia no texto constitucional direitos e garantias fundamentais, a exemplo dos artigos 5º e 6º da Carta Magna.

Para Ricardo Lobo Torres<sup>23</sup> esta essencialidade reside no mínimo existencial que, por sua vez, legitima-se nos próprios princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, enumerados no artigo 1º da Constituição Federal: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo político. (TORRES *in* SARLET, 2003, p.11)

De forma mais centrada, Vicente Paulo Barretto questiona: Quais seriam os valores sociais básicos do Estado Democrático de Direito?

---

<sup>21</sup> Artigo 1º, CF - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem por fundamentos: I) a soberania; II) a cidadania; III) a dignidade da pessoa humana; IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V) pluralismo político.

<sup>22</sup> Antonio Cavalcanti Maia (s/d, p. 143) afirma que esta nova realidade jurídico-constitucional que ensejou o surgimento da categoria pós-positivista em nosso âmbito cultural vem sendo denominada nas doutrinas espanhola e italiana *neoconstitucionalismo*.

<sup>23</sup> No Estado Democrático de Direito, aprofunda-se a meditação sobre o mínimo existencial, sob a ótica da teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo. (TORRES, 2009, p.7)

Enquanto no Estado liberal-democrático esses valores eram a liberdade, a propriedade individual, a igualdade, a segurança jurídica e a representação política, no Estado Democrático de Direito, não somente não se negam esses valores, mas procura-se dar aos mesmos conteúdos materiais para torná-los mais efetivos. (BARRETTO *in* SARLET, 2003, p.122)

Em defesa dessa efetividade se posiciona Bruno Barbosa Heim e Célia Maria de Brito Sá ao afirmarem que a lei suprema incorpora como sua característica fundante e objetivo intrínseco, a construção de um Estado forte capaz de intervir na sociedade, realizando políticas públicas que transformem a realidade vivida pela população. (HEIM; SÁ, 2005, p. 71)

Pois a Constituição não consagra unicamente um Estado prestador de serviços sociais, mas sim, um Estado Democrático de Direito que, para além do Estado social, cria espaços de luta para a construção dos direitos. (GONÇALVES, 2006, p. 28).

Se os direitos não são faculdades “naturais” dos indivíduos para fazer valer “contra” o Estado, mas, ao contrário, um instrumento de afirmação do sujeito no interior de um quadro constitucional, a intervenção do Estado para tornar-lhes efetiva a titularidade não é alguma coisa adicional ou secundária. O catálogo dos direitos resultaria, de qualquer modo, aberto a sucessivas reivindicações, capazes de ampliar a gama de direitos. (BACCELLI, 2006, p. 540)

Um Estado Democrático de Direito é um estado interventor em prol dos desiguais, numa perspectiva de justiça compensatória, distributiva e niveladora. Pois, os direitos sociais necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por ele geradas com a sua positivação. (FARIA, 2000, p.273)

Para promover uma política pública o Estado demanda gastos públicos, de curto, médio e longo prazo e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos. Sem planos, sem os orçamentos, sem vontade política nenhuma política pública pode ser implementada. (LOPES *in* FARIA, 1998, p. 132-133)

Mas, no Estado de Direito a vontade do agente público é vinculada à Constituição, logo, a vontade é constitucional, não é

opcional e subjetiva. No Estado Democrático, a vontade do agente público deve atender ao conteúdo constitucional.

Neste sentido doutrina Cesar Luiz Pasold que *os atos dos homens do governo são identificados com os do Estado, e os julgamentos não escapam a identificação*. (PASOLD, 1984, p.16)

Constata-se que, o exercício do poder político no Estado de Direito impescinde à observância do texto legal, sem o que carece o poder público de legitimidade. Assim, o texto constitucional vincula o agente público, não é apenas um aconselhamento de conduta, de caráter meramente programático, mas uma ordem máxima que garante a essência elementar do Estado. Se não há cumprimento dos objetivos da República Brasileira, e se desconsideram os fundamentos do Estado Democrático de Direito, então não há que se falar em Estado de Direito. Margeia-se ao absolutismo, quando a vontade do poder público prevalece sobre a ordem estabelecida.

O verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas e instrumentos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. (...) O Estado social brasileiro é, portanto, de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante. (BONAVIDES, 2008, p. 373)

Paulo Bonavides defende a existência no Brasil do constitucionalismo do Estado social<sup>24</sup>, que exprime com toda a força a tensão entre a norma e a realidade, entre os elementos estáticos e os elementos dinâmicos da Constituição, entre a economia de mercado e a economia dirigida, entre a liberdade e a planificação, entre o consenso e o dissenso... A espinha dorsal do Estado social brasileiro são os direitos sociais declinados nos artigos 6º e 7º da Constituição de 1988, dentre os quais figura o direito à moradia. (BONAVIDES, 2008, p. 373)

O centro medular do Estado social democrático contemporâneo e republicano é o princípio da igualdade, transmutado da forma jurídica do liberalismo para a forma material – igualdade feita pela lei, através da lei.

---

<sup>24</sup> Teve o Estado social seu apogeu nos países do chamado Primeiro mundo, logo após a Segunda Grande Guerra, servido de uma doutrina constitucional cuja inspiração maior se cifrava na justiça, na igualdade, no estabelecimento da paz social, na cessação dos conflitos de classe, na mudança hegemônica que se traslada do princípio da legalidade para o princípio da legitimidade. (BONAVIDES, 2001, p. 8)



José Eduardo Faria aponta a necessidade de um conjunto de direitos e instituições jurídicas voltados à integração e coesão, para neutralizar, controlar e/ou minimizar os riscos anônimos decorrentes do caráter “darwinista” da diferenciação social e funcional exponenciada pelo fenômeno da globalização, o retorno do Estado-nação ao centro das discussões políticas e da agenda jurídica contemporânea, como forma de assegurar o tratamento dos direitos sociais como direitos subjetivos; e de implementar programas governamentais nas áreas da saúde, moradia, saneamento, educação básica e treinamento profissional com a finalidade de criar condições básicas constitutivas de padrões mínimos de equidade. (FARIA, 2000, p.268)

Continua o autor a afirmar a imprescindibilidade do refortalecimento da titularidade de iniciativa legislativa do Estado-nação no âmbito específico do “direito social” tendo como estratégia hermenêutica a questão da justiça, não como princípio último ou valor-fonte, mas em termos mais pragmáticos e eminentemente sociológicos.

Rogério José Bento Soares do Nascimento ao pensar numa teoria adequada para examinar a Constituição brasileira afirma:

A noção de adequado tem um componente ético relevante. Supõe metas, finalidades e objetivos. Dentro de um projeto humanista a emancipação, no sentido de garantia de possibilidade de realização autônoma das potencialidades e aspirações de cada ser humano, assume o papel de propulsor. (NASCIMENTO, 2005, p. 425)

Urge o resgate do texto constitucional, do qual as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas. É questão de postura política: concentração ou distribuição, inclusão ou exclusão, entrega ao mundo neoliberal ou construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para a desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivas, questão que emerge claramente da dicção do art. 3º do texto magno (STRECK in SARLET, 2003, p. 1998).

No ensinamento de Vicente de Paulo Barreto, *os direitos sociais, como direitos nascidos, precisamente, em virtude e como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, constituem-se*

*como núcleo normativo central do Estado Democrático de Direito.* (BARRETO in SARLET, 2003, p. 110)

O constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais é diferente de um Estado social das Constituições programáticas, de teor abstrato e bem intencionado.

Conclui Paulo Bonavides que o Estado social é um Estado produtor de igualdade fática, obrigado, se for o caso, a prestações positivas para concretizar os comandos normativos da isonomia e a intervir na ordem social para remover as injustiças sociais. (BONAVIDES, 2008, p. 378). É na *substância a democracia<sup>25</sup> participativa que sobe ao poder para executar um programa de justiça, liberdade e segurança* (BONAVIDES, 2001, p.11)

O Brasil é **Estado Democrático** que reconhece o primado da soberania no povo, garante o sufrágio universal e o voto direto, secreto e de igual valor.<sup>26</sup> Neste contexto republicano<sup>27</sup>, o cidadão figura como o dono da *res publica* e a esfera constitucional se constrói sob a base da dignidade da pessoa humana. De modo que é a República que está a serviço do homem<sup>28</sup>, não é o homem que serve aos aparelhos políticos-organizatórios. (CANOTILHO, 2003, p.225)

A República que erigimos é a expressão concreta do Estado de Direito que a cidadania brasileira quis criar, ao plasmar suas instituições. A partir da consciência cívica da titularidade da *res publica* e da convicção da igualdade fundamental entre todos os cidadãos, estruturou-se o Estado

---

<sup>25</sup> O Estado social contemporâneo compreende direitos da primeira, da segunda, da terceira e da quarta gerações numa linha ascendente de desdobramento conjugado e contínuo, que principia com os direitos individuais, chega aos direitos sociais, prossegue com os direitos da fraternidade e alcança, finalmente, o último direito da condição política do homem: o direito à democracia. (BONAVIDES, 2001, p. 17)

<sup>26</sup> Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: (...) Art. 1º- parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição. Art. 14 – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal, e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...)

<sup>27</sup> A República, tal como plasmada pelos sucessivos constituintes brasileiros, traduz-se um conjunto de instituições cujo funcionamento harmônico visa a assegurar, da melhor maneira possível, a eficácia de seu princípio básico, consistente na soberania popular. (ATALIBA, 2007, p. 63)

<sup>28</sup> A condição instrumental do Estado é consequência de dupla causa: ele nasce da sociedade, e existe para atender demandas que, permanente ou conjunturalmente, esta mesma sociedade deseja sejam atendidas. (PASOLD, 1984, p. 16)

brasileiro na base da idéia de que o governo seria sujeito à lei e esta haveria de emanar do órgão da representação popular. (ATALIBA, 2007, p.95)

A lição de Jean-Jacques Rousseau é elucidativa ao afirmar: *Chamo pois república todo o Estado regido por leis, qualquer que seja a forma de sua administração, porque só o interesse público governa, e a coisa pública passa a representar algo. Todo o governo legítimo é republicano.* (ROUSSEAU, 2001, p. 48)

A vontade constitucional é expressão da vontade do povo na República.

República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente. São assim, características da república a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade. A eletividade é instrumento da representação. A periodicidade assegura a fidelidade aos mandatos e possibilita a alternância do poder. A responsabilidade é o penhor da idoneidade da representação popular. (ATALIBA, 2007, p.IX)

A representação e o instituto do mandato são instituições republicanas que têm base no consenso popular. São instrumentos de viabilização da República. Nesta, os exercentes da função pública, fazem-no a título de representantes da comunidade, ou do povo<sup>29</sup>. (ATALIBA, 2007, p.64/65)

A principal função do órgão da representação está em – expressando o que uma vez se quis significar por *volonté general* – elaborar as regras jurídicas segundo as quais deverão pautar-se todos os comportamentos regulados, inclusive e principalmente dos agentes políticos (*também mandatários*) chefes do executivo. A designação dos legisladores, feita pelo corpo eleitoral, tem o sentido de constituir o órgão que irá se erigir na *autoridade estatal* que confere positividade às aspirações e idéias, traduzidas em projetos,

---

<sup>29</sup> Povo deve ser entendido como conjunto de cidadãos, o membro que forma parte de um todo orgânico superior (ATALIBA, 2007, p.153). Para José Joaquim Canotilho, povo é uma grandeza pluralística, que se concebe em sentido político, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política. (CANOTILHO, 2003, p. 75)

desejadas pelas correntes da sociedade.  
(ATALIBA, 2007, p. 71)

A primeira vontade soberana veio expressa em texto constitucional. Cabe ao legislador infraconstitucional fazer cumprir a manifestação de soberania, legislando para a consecução dos objetivos expressos constitucionalmente. De modo que, se a Constituição prevê a moradia como direito social fundamental, é dever do legislador viabilizar a consecução deste direito, respeitando o princípio da tripartição, mas agindo de modo a, pelo império da lei, criar vinculações ao poder executivo.

São princípios regentes da República: o princípio da legalidade, da isonomia e da intangibilidade das liberdades públicas.

Deveras, pelo princípio da legalidade, afirma-se, de modo solene e categórico, que sendo o povo o titular da coisa pública e sendo esta gerida, governada e disposta a seu (do povo) talante – na forma da Constituição e como deliberado por seus representantes, mediante solenes atos legais – os administradores, gestores e responsáveis pelos valores, bens e interesses considerados públicos, são meros administradores que, como tal, devem obedecer à vontade do dono, pondo-a em prática, na disposição, cura, zelo, desenvolvimento e demais atos de administração dos valores, bens e interesses considerados públicos (do povo).  
(ATALIBA, 2007, p. 99)

A *res publica* é de todos e para todos. Os poderes que o representante de todos recebe, deve se traduzir em benefícios e encargos iguais<sup>30</sup> para todos os cidadãos. (ATALIBA, 2007, p.134)

A igualdade e, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações do Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente

---

<sup>30</sup> Adverte Dalmio Dallari ser “... preciso ter em conta que todos os seres humanos são essencialmente iguais, ou seja, enquanto ser humano, nenhum vale mais que o outro. Isso é importante para que a afirmação dos direitos fundamentais se faça de modo a assegurar igualdade de possibilidades. Se não forem dadas oportunidades iguais para todos, pelo menos desde o instante do nascimento, a proclamação constitucional de igualdade será apenas um formalismo hipócrita, mascarando uma desigualdade de fato” (citado por ATALIBA, 2007, p. 136)

em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade. (ATALIBA, 2007, p. 134)

Ensina J.J. Canotilho:

A forma republicana de governo reivindica uma *legitimação do poder político* baseada no povo (“governo do povo”). Num governo republicano a legitimidade das leis funda-se no princípio democrático (sobretudo no princípio democrático representativo) com a conseqüente articulação da *autodeterminação do povo* com o “*governo das leis*” e não “*governo de homens*”. (CANOTILHO, 2003, p.229)

Na essência, a Constituição demonstra a feição da sociedade desejada, que tem na soberania popular pelo voto direto, secreto, universal e periódico, juntamente com a forma federativa de Estado, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais seu núcleo duro (art. 60, §4º, Constituição Brasileira). São cláusulas pétreas, imutáveis, que não podem ser amesquinhasadas, conforme magistério de Geraldo Ataliba:

Eles são perenes, eternos, imutáveis (juridicamente). Quer isto dizer que: só por via revolucionária, só mediante quebra da ordem jurídica podem ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados. Só o poder constituinte originário pode minimizá-los ou aboli-los. (ATALIBA, 2007, p.11)

Das lições de José Joaquim Canotilho se extrai que a Constituição é a constituição de uma sociedade. E a expressão constituição da República exprime a idéia de que a Constituição se refere não apenas ao Estado<sup>31</sup>, mas à própria comunidade política, ou seja, à *res pública*. (CANOTILHO, 2003, p.88)

A Constituição é uma lei fundamental do Estado e também uma lei fundamental da sociedade. *A Constituição pode e deve fixar não apenas uma estabilidade juridicamente conformada, mas também estabelecer princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada.* (CANOTILHO, 2003, p.1436).

---

<sup>31</sup> Todavia, o conceito de Estado Constitucional traz a constituição do Estado como referente da Constituição. “Existe uma só constituição – a do Estado” (CANOTILHO, 2003, p.1450)

O que o povo brasileiro deseja está expresso na Constituição. A efetividade da vontade popular precisa traduzir-se de forma garantista, sob pena de traição do povo; de esvaziar o sentido da democracia. A Democracia, a República e Federação constituem o trinômio essencial do Estado brasileiro. (BARROSO, 2004, p.203)

De forma sistêmica, a Constituição apresenta os mecanismos capazes de viabilizar os direitos fundamentais, dentre eles a tributação.

A Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer das partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior. (BARROSO, 2004, p. 196)

Os elementos da Constituição não têm valor isoladamente, pois, como se inserem num sistema, condicionam-se, reciprocamente, de sorte que não se pode interpretar uns sem ter presente a significação dos demais. Influenciam-se mutuamente e cada instituição constitucional concorre para integrar o sentido das outras, formando uma rede interpenetrante que confere coerência e unidade ao sistema, pela conexão recíproca de significados. (SILVA, 2007, p.169)

Para Geraldo Ataliba desconsiderar essa observação hermenêutica leva à subversão dos valores jurídicos, à inversão dos princípios básicos do sistema e, pois, à própria negação da Constituição. (ATALIBA, 2007, p.33)

O Brasil é **federação**. O federalismo foi instituído na primeira Constituição republicana em 1891. Na época os estados-membros possuíam teoricamente poder político, mas na prática este se concentrava nas mãos do Presidente da República.

A Constituição de 1934 ratificou o federalismo, incluiu o Distrito Federal e criou Territórios. Mesmo durante a ditadura Vargas (1937 a 1945) o federalismo manteve-se previsto, mas praticamente inexistente.

Em 1946 o federalismo é revigorado. Mas, durante a ditadura militar, os Estados ficaram destituídos de força política e econômica, centralizada na União. Com a volta da democracia, na Constituição de

1988, a forma federativa<sup>32</sup> vem pactuada no artigo 1º da Carta Magna, conforme se lê: *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)*

No complexo do Estado Constitucional de Direito, democrático e republicano, a ciência jurídica passa a ter papel, além de científico, também o político: de analisar os vícios do sistema normativo e propor suas necessárias correções:

(...) examinar assim as antinomias geradas pela presença de normas que violam os direitos de liberdade, como as lacunas geradas pela ausência de normas que satisfaçam os direitos sociais e, por outro lado, de solicitar a anulação das primeiras porque inválidas e a introdução das segundas porque devidas. (FERRAJOLI, 2006, p. 426)

Pensar a partir da Constituição é dever de todo operador do direito. Interpretá-la de forma sistêmica<sup>33</sup> é pressuposto de compreensão de sua égide. É com este intuito que analisa no item a seguir a função dos tributos no Brasil – Estado de Direito Democrático e Republicano.

### **1.3 OS TRIBUTOS COMO INSTRUMENTO EM PROL DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS**

A tributação tem origens vinculadas à própria história do homem na sociedade. Relação que se adensa como surgimento do Estado<sup>34</sup>, pois o tributo figura como sustentação econômica deste.

De forma racional, *o Direito Tributário só veio a surgir como disciplina jurídica no Estado Moderno, ou seja, com o estabelecimento*

---

<sup>32</sup> O Brasil é um exemplo de Estado Federal, ou Federação, embora a centralização do poder político e especialmente a centralização das rendas tributárias, antes da Constituição de 1988, fossem de tal ordem a caracterizar o Brasil como Estado Unitário. Com a Constituição de 1988 deu-se um passo significativo rumo ao federalismo, embora a dependência dos Estados e Municípios ainda seja bastante acentuada, posto que a distribuição das quotas destes nos fundos de participação continua a ser administrada pelo Governo Federal. (MACHADO, 2003, p. 41)

<sup>33</sup> O sistema jurídico – ao contrário de ser caótico e desordenado – tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras. (VILANOVA, *apud* ATALIBA, 2007, p. 6)

<sup>34</sup> Ensina Caetano Dias Corrêa que a primeira experiência tributária se observou da necessidade do custeamento de guerras pelo Estado, razão pela qual se exigiu dos súditos esse tipo de encargo. (CORRÊA *in* BALTHAZAR, 2006, p. 19)

*do Estado-de-Direito, regulando as relações entre o Poder Público e o contribuinte.* (BALTHAZAR, 2005, p.19).

Muito se poderia aqui aventar sobre as finalidades e transcurso histórico da tributação<sup>35</sup>. Todavia, em função do objetivo do trabalho, limita-se a análise do direito tributário vigente no Brasil.

A Constituição Brasileira destina o Capítulo I do Título VI de seu texto, precisamente os artigos 145 a 162, para tratar sobre o Sistema Tributário Nacional. Outras disposições de conteúdo tributário encontram-se dispersos no texto constitucional, como é o caso da progressividade do IPTU (art. 182, § 4º, II, CF), das contribuições sociais (art. 195, CF) etc. Em nível infraconstitucional, a Lei 5.172/66, denominada Código Tributário Nacional, foi recepcionada pela atual ordem jurídica, com *status* de lei complementar e vige como norma geral em todos os artigos que não forem incompatíveis com a atual ordem (art. 34, do ADCT).

O Estado é soberano, por isso tem o poder de tributar: exigir contribuições compulsórias para obter as receitas públicas de que necessita para atingir seus fins<sup>36</sup>. *A atividade da tributação é o principal instrumento utilizado pelo Estado para poder manter-se.* (BALTHAZAR, 1999, p.13)

Por seu poder de império, o Estado *faz derivar para seus cofres uma parcela do patrimônio das pessoas sujeitas à sua jurisdição*, pois isso o tributo é denominado receita derivada<sup>37</sup>, em oposição à receita originária – aquela que o próprio Estado produz, com suas atividades lucrativas (empresas públicas), alugueres, rendimentos. (NOGUEIRA, 1995, p. 29) *Seriam ainda receitas originárias a título gratuito, por exemplo, as doações pura e simples, os bens vacantes, etc., e seriam originárias à título oneroso, as doações de legados sob condições, os*

---

<sup>35</sup> O tributo nasce da autolimitação da liberdade, reserva-se pelo contrato social um mínimo de liberdade intocável pelo imposto, garantido através dos mecanismos das imunidades e dos privilégios, que se transferem do clero e da nobreza para o cidadão; mas não se permite que o Estado exerça o poder tributário sobre a parcela não excluída pelo pacto constitucional, donde se conclui que a própria liberdade institui o tributo. (TORRES, 1999, p.3)

<sup>36</sup> A tributação é, sem sombra de dúvidas, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar os seus fins, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. O tributo é inegavelmente a grande e talvez única arma contra a estatização da economia. (MACHADO, 2003, p. 42)

<sup>37</sup> A Lei 4.320/64, que estatui normas para o orçamento, define tributo como receita derivada - Art. 9º - *Tributo é a receita derivada, instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições, nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por estas entidades.*



*preços quase privados, os preços públicos, etc.* (BALTHAZAR, 1999, p.21)

No Brasil o poder de tributar é partilhado entre os entes tributantes, definindo a Constituição Federal as competências. Quanto aos impostos, o sistema tributário é rígido, fixando as competências conforme previstas nos artigos 153 a 156, da Carta Republicana. Para os tributos cuja exigência depende de uma determinada atuação estatal, referível ao contribuinte, o critério de partilha da competência se conecta com essa atuação: *quem estiver desempenhando legitimamente tem competência para cobrar o tributo (taxa, pedágio, e contribuição de melhoria)* (AMARO, 2008, p.96). A competência para os empréstimos compulsórios é exclusiva da União (art. 148, CF). Quanto às contribuições especiais, à União é reservada a maioria das competências. Reserva-se aos Estados apenas a contribuição previdenciária de seus servidores, se tiver sistema próprio, competência que também cabe aos Municípios em igual circunstância (art. 149, § 1º, CF). Estes são competentes ainda para instituir a Contribuição social de iluminação pública (COSIP – art. 149-A, CF)

Diferente da divisão de competências é o rateio da receita tributária, cujos critérios são estabelecidos nos artigos 157 a 162 da Constituição<sup>38</sup>. Assim, além das receitas tributárias próprias do exercício de sua competência, os Estados e Municípios recebem parcela de rateio da receita tributária de outro ente.

A União é o ente tributante de maior competência e consequentemente retém em seus cofres a maior fatia da arrecadação tributária, principalmente no que diz respeito às contribuições especiais.<sup>39</sup>

Para compreensão do sistema tributário convém definir o que é o tributo<sup>40</sup> e quais são suas espécies. O próprio Código Tributário Nacional traz a definição:

---

<sup>38</sup> Os entes tributantes possuem competência determinada constitucionalmente para instituir tributos. Todavia, a receita arrecadada é repartida, conforme percentuais estabelecidos nos artigos 157 a 159. Por exemplo: o IPVA é de competência dos Estados (art. 155, III, CF) e a receita arrecadada com este imposto é repartida com o Município no qual o veículo está licenciado, no percentual de 50% (art. 158, III, CF). A repartição da receita tributária é tratada especificamente no Capítulo 3, item 3.1, dessa dissertação.

<sup>39</sup> É evidente a concentração de poder tributário nas mãos da União que, a par de deter extensa competência para instituir impostos, possui, em caráter exclusivo, a competência para criar empréstimos compulsórios e as contribuições do art.149, *caput*. (COSTA, 2009, p.47)

<sup>40</sup> *Tenho para mim que o tributo é uma norma de rejeição social, porque todos os contribuintes de todos os espaços geográficos pagam mais do que deveriam pagar para sustentar o governo naquilo que retorna a comunidade em nível de serviços públicos, e para sustentar os desperdícios, as mordomias, o empreguismo dos detentores do poder. Esta realidade é maior*

Artigo 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção por ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

A classificação das espécies de tributos não é pacífica<sup>41</sup>. Alguns doutrinadores defendem a teoria tripartida, apresentando como espécies tributárias os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, cuja natureza se define pelo critério da vinculação<sup>42</sup>. É o caso de Paulo de Barros Carvalho.

Já Alfredo Augusto Becker biparte as espécies tributárias em taxas e impostos, tendo por diferencial a base de cálculo – núcleo da hipótese de incidência (base impositiva)<sup>43</sup>. Afirma que no plano jurídico, todo e qualquer tributo pertencerá a uma destas duas categorias: imposto ou taxa. A análise de cada caso revelará que inexiste terceira espécie. Os chamados tributos parafiscais<sup>44</sup>, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e monopólios fiscais, ao serem *dissecados desnudam-se da camuflagem político-fiscal ou histórico-filosófica ou simplesmente retórico-acadêmica e mostram-se verdadeiros impostos ou taxas*. (BECKER, 2002, p. 381)

---

*ou menor, conforme o período histórico ou o espaço geográfico, mas é, desgrazadamente, comum a todos os governos.* (MARTINS, 2010, p. 25)

<sup>41</sup> A teoria mais aceita atualmente pela doutrina tributária brasileira é a tricotômica, muito bem exposta por Sacha Calmon. Seguindo a trilha de Geraldo Ataliba e Alfredo Augusto Becker, o autor classifica os tributos em vinculados e não vinculados (BALTHAZAR, ALVES, 2004)

<sup>42</sup> Muitos critérios podem orientar uma classificação dos tributos em espécies. As clássicas, mais difundidas, vêm carregadas de fortes conotações extrajurídicas, principalmente econômicas. Esse o motivo pelo qual nos inclinamos por aquela que tem como fonte inspiradora a circunstância de existir, na hipótese normativa, um vínculo entre o fato descrito e uma atuação do Estado (no sentido amplo). Trata-se da classificação dos tributos em vinculados e não-vinculados, a uma atuação do poder público, didaticamente exposta por Geraldo Ataliba. Seu substrato é eminentemente jurídico, pois repousa na observação fiel das hipóteses de incidência dos vários tributos, em confronto com as respectivas bases de cálculo. Toda vez que o binômio expressar um acontecimento que envolva atuação do Estado, estaremos diante de um tributo vinculado. (...) sempre que nos depararmos com a vinculação direta, imediata, teremos as taxas, ao passo que a vinculação indireta, mediata, indica a existência de uma contribuição de melhoria. (CARVALHO, 2007, p. 34)

<sup>43</sup> Ensina Alfredo Augusto Becker que a base de cálculo (núcleo da hipótese de incidência) é o único critério objetivo e jurídico para aferir o gênero e a espécie de cada tributo. (BECKER, 2002, p. 380)

<sup>44</sup> O tributo é parafiscal quando seu objetivo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, não integra funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidade específica. (MACHADO, 2003, p.74)

Luciano Amaro, após afirmar que a Constituição não se preocupou em definir as espécies tributárias<sup>45</sup>, nem em classificá-las, limitando-se a arrolá-las, identifica quatro grupos de espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios. (AMARO, 2008, p. 28/80).

Seguindo a trilha de Geraldo Ataliba<sup>46</sup>, pode-se entender, aqui de forma sucinta, a natureza jurídica de cada espécie tributária. Assim, afirma o autor que o aspecto material da hipótese de incidência ou consiste numa atividade do poder público (ou numa repercussão desta) – no caso de vinculação, ou pelo contrário, consiste num fato ou acontecimento inteiramente indiferente a qualquer atividade estatal – não vinculação. Neste sentido: *Se a h.i. consistir numa atuação estatal, o tributo será uma taxa ou contribuição (tributo vinculado); se consistir em outro fato qualquer, o tributo será não vinculado (imposto).*(ATALIBA, 2005, p. 130-132).

Como tributos vinculados, temos as taxas (h.i. consistente numa atividade estatal) e a contribuição de melhoria (h.i. consistente numa repercussão de uma atividade estatal); como tributos não-vinculados, temos os impostos, cuja h.i. consiste numa situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. (BALTHAZAR, 1999, p. 42)

Mas parte da doutrina<sup>47</sup>, escorada no texto constitucional, sustenta a teoria quinquipartida: impostos (art. 145, I, CF; art. 16, CTN), taxas (art. 145, II, CF, art. 77, CTN), contribuições de melhoria (art. 145, III, CF; art. 81, CTN), contribuições especiais (art. 149, 149-A, CF) e empréstimo compulsório (art. 148, CF).<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Igual posicionamento é registrado por Geraldo Ataliba ao explicar que o texto constitucional consagra uma determinada classificação e atribui regimes jurídicos diferentes a serem aplicados às espécies tributárias. (ATALIBA, 2005, p. 124)

<sup>46</sup> O critério jurídico para classificação está na consistência da hipótese de incidência, no seu aspecto material. (ATALIBA, 2005, p. 124)

<sup>47</sup> Hugo de Brito Machado: Temos, em nosso Sistema tributário, cinco espécies de tributo, a saber: os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios. (MACHADO, 2003, p. 70)

<sup>48</sup> Artigo 145, CF. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – impostos; II) taxas, em razão do exercício regular do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III) contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. Artigo 148. A União mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios (...) Artigo 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação nas respectivas áreas(...) Artigo 149-A. Os

Ensina Ubaldo Cesar Balthazar que o tributo é instrumento vital para realização de propostas sociais, políticas e econômicas. *É o tributo que dá vida ao Estado e, através dele, faz-se intervenções na economia do setor privado, visando atender os interesses públicos e aqueles próprios do Estado.* (BALTHAZAR, 2005, p. 194)

Elísio Augusto Velloso Bastos alerta que mais do que nunca o tributo precisa ser visto e tratado como uma instituição social, e não apenas como um fato econômico ou financeiro. (BASTOS, 2006, p. 149)

Quando o Estado não cumpre sua função social, o sistema tributário passa a ser visto *como coveiro da democracia, pois os serviços prestados pelo Estado à comunidade e ao povo são incompatíveis com o custo total dos tributos, exagerados e mal aplicados em obras predatórias e suntuárias, com enorme desperdício do dinheiro.* (ZAVARIZI in BALTHAZAR, 2006, p.154).

O destino certo da arrecadação tributária é ditado pela função social do tributo.

## 1.4 FUNÇÃO SOCIAL DA TRIBUTAÇÃO

Há uma noção secular, desde a antiguidade, que o tributo é um meio de financiamento do Estado<sup>49</sup>, em busca da promoção do bem-estar e da justiça social. (CORRÊA in BLATHAZAR, 2006, p. 19) E deve ser utilizado como instrumento de política e de atuação estatais para o alcance do bem comum. (MOTA, 2011, p.50).

Para Alfredo Augusto Becker, o bem comum não é *essência sobrenatural* ou *teoria católica*. O bem comum é um reflexo da filosofia do homem, de modo que pode perfeitamente haver um “bem comum” marxista ou soviético que reflete uma ideologia marxista ou soviética. Ao citar J. Dabin, o autor afirma haver uma distinção entre o bem comum temporal (bens corporais, intelectuais, morais, sociais, econômicos) e espiritual (no sentido religioso). Cabe ao Estado proteger e desenvolver o bem comum temporal – que quando autêntico consiste nas condições materiais e morais de um meio social em que o homem possa atingir a plenitude do seu destino (BECKER, 2002, p.165)

---

Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das suas respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

<sup>49</sup> O Estado (ser social) é uma realidade, porém não é qualquer realidade exterior ao homem e à sua atividade; o Estado existe nos atos e pelos atos dos indivíduos humanos que são seus criadores; e é nesta atividade contínua e relacionada ao Bem Comum que consiste a realidade do Estado. (J. Dabin *apud* in BECKER, 2002, p. 163)

A leitura sistemática<sup>50</sup> da Constituição Brasileira permite identificar seus desígnios básicos e no Estado Democrático de Direito o tributo precisa ser instrumento para atender objetivos constitucionais, nos quais figura a justiça social, como fruto do bem comum.

Segundo Cesar Luiz Pasold o Estado tem um compromisso intrínseco com o bem comum, *pois não há sentido na criação do Estado senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do bem comum.* (PASOLD, 1984, p.17)

Ensina Marco Aurélio Greco:

A Constituição Federal de 1988, ao instituir um efetivo Estado Democrático de Direito – vale dizer, ao consagrar concomitantemente valores protetivos e modificadores do perfil da sociedade e prestigiar valores e finalidades sociais a alcançar – faz com que a tributação passe a ser um poder juridicizado pela Constituição que deve ser exercido em função e sintonia com os objetivos que a própria sociedade elevou a dignidade constitucional. (GRECO, 2005, p. 177)

Assim, o tributo pode ser entendido como um ônus individual inevitável, que precisa ser dividido entre os componentes de uma sociedade conforme critérios que atendam à finalidade do tributo. Tributar é expressão de solidariedade. (ZYAHAMA, 2009, p. 47/50) Com razão afirma Aliomar Baleeiro que o tributo corresponde ao *rateio do custo dos serviços públicos por todas as pessoas vinculadas a um grupo politicamente organizado.* (BALEIRO, 2006, p.787)

A justiça social é um compromisso do Preâmbulo da Constituição<sup>51</sup>, constitui um dos objetivos fundamentais da República

---

<sup>50</sup> Ensina Humberto Ávila que a Constituição precisa ser interpretada como unidade. (ÁVILA, 2008, p. 60). Em Hans Kelsen esta unidade é escalonada: A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resultado do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 2009, p. 247)

<sup>51</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a **justiça**

Federativa do Brasil (art. 3º, I)<sup>52</sup> e princípio balizador das atividades estatais e privadas (art. 170, caput)<sup>53</sup>.

Numa democracia social como se pretende o Brasil, o Estado passa a ter apenas fins compatíveis com a sua finalidade primordial, que consiste em ser instrumento mediador ou de repasse dos bens e riquezas arrecadados através dos tributos, visando a atingir a justiça social que não pode ficar à mercê de meras competições individuais e grupais. (REALE, 1987, p.8)

Cesar Luiz Pasold afirma que o Estado detém função social e propõe que esta função:

implique em ações que – por dever para com a sociedade – o Estado execute, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo ao seu OBJETO e realizando seus OBJETIVOS, sempre com prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano. (PASOLD, 1984, p.56)

Neste sentido, o foco do agir estatal centra-se no ser humano, sendo que os mecanismos à disposição do Estado, para seu atuar, entre eles, a tributação, é instrumento para consecução de objetivos, em especial, a justiça social.

Ensina Sergio Ricardo Ferreira Mota que *o principal fundamento e alicerce sobre o qual se sustenta um sistema tributário é exatamente a busca da justiça*. (MOTA, 2001, p.60)

Mas no que consiste a justiça social?

Samuel da Silva Mattos ensina que a justiça social pode ser enfocada sob duas dimensões: a) inversão de prioridades na política do gasto público; e b) garantia de renda mínima, que opera distribuindo a renda arrecadada com maior ênfase em quem pode menos e reduzindo-se tal destinação aos economicamente mais bem dotados. (MATTOS, 2005, p.368/387)

---

como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988)

<sup>52</sup> Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, **justa** e solidária. (...)

<sup>53</sup> Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios (...)

Alexandre Fernandes Dantas sintetiza a ideia de justiça social como a *esfera da justiça que visa a equacionar as diferenças sociais* (DANTAS, 2010, p.14)

Defende Cesar Luiz Pasold que a repartição dos benefícios da vida social entre os indivíduos e as classes deve ser estimulada pelas ações do Estado, de modo que em nada se prejudique o bem geral de toda a sociedade e de forma a que elimine a injustiça econômica e a falta de participação social. (PASOLD, 1984, p.61). Esta função social do Estado tem os tributos como um instrumento.

A função do tributo pode ser compreendida como fiscal, extrafiscal e parafiscal<sup>54</sup>.

A finalidade fiscal visa à arrecadação de recursos a partir da incidência tributária para abastecer os cofres públicos. A finalidade extrafiscal busca prestigiar certas situações sociais, políticas ou econômicas, a exemplo do IPTU progressivo no tempo, que é mecanismo de penalização na busca da função social da propriedade (art. 182, § 4º, II<sup>55</sup>). A finalidade parafiscal busca disponibilizar os recursos públicos auferidos para que a pessoa jurídica de direito público ou a entidade parastatal (pessoas jurídicas de direito privado) os aplique no desempenho de suas atividades de interesse público específicas, ex.: as paraestatais do sistema S: SESI, SESC, SENAI, etc. (CARVALHO, 2008, p.240)

Há uma tendência de abandono da função clássica do tributo como instrumento de arrecadação<sup>56</sup>, transmutado em instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada. O impacto dos tributos pode realizar uma *revolução social* e financiar a reconstrução social, pela redistribuição de capital e renda entre os indivíduos. (BECKER, 2002, p. 586)

A função social do tributo pode ser alcançada com tributos de finalidade fiscal, extrafiscal ou parafiscal. A extrafiscalidade é uma

---

<sup>54</sup> Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro. (CARVALHO, 2007, p. 253)

<sup>55</sup> Artigo 182, § 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo. (Constituição Federal)

<sup>56</sup> Não estamos sob um modelo de Estado Liberal, no qual a tributação é vista como uma agressão da qual o contribuinte tem de se defender. Tributação, agora, é responsabilidade social. (NORONHA, 2011, p. 74)

marca mais forte de intervencionismo social e econômico, todavia, os recursos arrecadados com os tributos eminentemente fiscais também se prestam às políticas públicas intervencionistas, como as de transferência de renda.

A transferência de renda (dos ricos para os pobres) expressa o cumprimento de um dos objetivos da República Brasileira que é a erradicação da pobreza<sup>57</sup> (Art. 3º, III, CF). Transferência de riqueza é materialização de solidariedade.

O dever de solidariedade social atua num momento pré-jurídico. Ele nos leva a aceitar a existência de um poder de tributar e a norma jurídica que, obediente ao regramento constitucional deste, institui o tributo. Daí por diante, porém, o nosso dever se torna estritamente jurídico. (MACHADO, 2003, p. 57)

O Estado tem na tributação um mecanismo que permite capturar parcela do excedente da capacidade econômica do contribuinte, respeitando o princípio da capacidade contributiva, e aplicar esta receita derivada para garantir um mínimo vital àqueles que não têm capacidade contributiva e carecem da entrega de prestações positivas pelo ente Estatal. Opera neste aspecto o mecanismo da justiça distributiva, que tem por critério a proporcionalidade na distribuição de bens e encargos. (SPAGNOL, 1994, p. 42)

Ensina Sergio Ricardo Ferreira Mota que deve ser enaltecido o fato de que tanto o Estado (instrumento da sociedade) quanto os tributos (instrumentos do Estado) se prestam à consecução do bem comum da sociedade. (MOTA, 2011, p. 57)

*E, um maior intervencionismo estatal na ordem social e na economia privada é necessidade inadiável, pois só deste modo se restituirá à pessoa humana sua dignidade.* (BECKER, 2002, p. 589)

A justiça social<sup>58</sup> somente será alcançada no Brasil quando houver uma efetiva redistribuição de renda. Registre-se que esta entrega

---

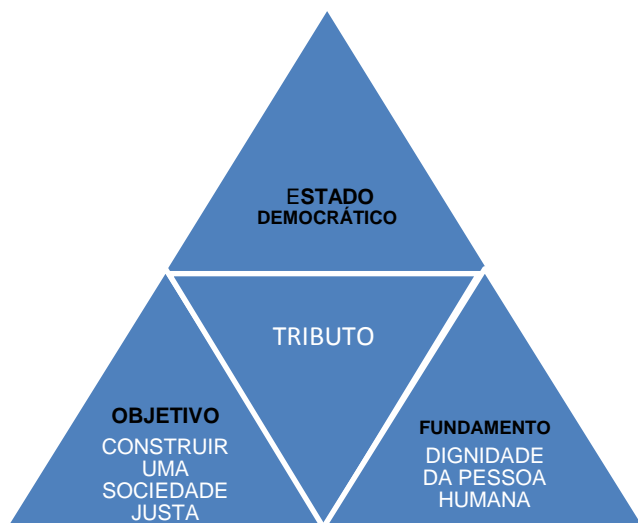
<sup>57</sup> Ocorre que, por prescrever a Carta expressamente a necessidade de se combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, pode-se afirmar ser a pobreza incompatível com os fundamentos do Estado brasileiro atual. Essa pobreza constatada há séculos no país não pode continuar a ser tratada como uma questão meramente de economia, como ocorrera outrora, mas ao contrário, deve ser analisada sob os novos valores plasmados na Constituição Federal, na busca de sua erradicação. (MOTA, 2011, p. 58)

<sup>58</sup> Ensina Ives Gandra da Silva Martins que o estudo da realidade da imposição tributária, como ela é, *permite que se estabeleça o grau de justiça desejável e sua adequação às necessidades da comunidade, e se impõe na medida em que se aceite o fenômeno da interpenetração das Ciências Sociais, na busca de normação legítima e legal. Não sem razão os romanos descobriram a força do Direito para o domínio dos povos, tendo Caracalla, ao estender, por*



de prestações pelo Estado aos menos favorecidos pode operar-se pelo repasse de dinheiro (renda mínima), por ações universalizadas (sistema público de saúde) ou ações específicas (moradia).

O esquema apresentado abaixo permite visualizar a função social do tributo no Estado Democrático de Direito:



## 1.5 JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

A justiça social é a finalidade do destino da tributação. Mas a arrecadação tributária também precisa ser equânime e neste aspecto entra-se no campo da justiça tributária.

Ensina Samuel da Silva Mattos que a justiça tributária *está orientada para a realização de um sistema normativo justo, a partir da hermenêutica jurídica e do sistema tributário constitucional, sem desconsiderar seus princípios e suas regras.* (MATTOS, 2005, p. 368)

Importante assim compreender os princípios que norteiam a justiça tributária.

Do ensinamento de Geraldo Ataliba pode-se compreender que princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a

---

*medida de justiça, a cidadania romana para todo o Império em 212 d.C., retardado sua queda em 250 anos, apesar de já carcomido intestivamente pela luta de Poder.* (MARTINS, 2010, p. 22)

sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo. (ATALIBA, 2007, p.34)

Para que haja uma justa repartição da carga tributária no Brasil a Constituição Federal elegeu alguns princípios<sup>59</sup> os quais intitulou como limites ao poder de tributar. Todos os princípios de forma concatenada desenharam a justiça tributária. Todavia, alguns têm implicações diretas na forma de exigir maior contribuição de quem possui maior capacidade econômica e menor dos que expressam menos capacidade de contribuir. Neste sentido são aqui analisados apenas os seguintes princípios: capacidade contributiva, igualdade, seletividade, progressividade e proporcionalidade.

### **A) Princípio da igualdade**

O princípio da igualdade é o cerne do sistema constitucional. Para Roque Antônio Carrazza este princípio decorre do princípio republicano.

Assim, se constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação; e se a tributação é o mecanismo de arrecadação de recursos para execução de políticas públicas que visem o bem comum, então o tributo precisa estar a serviço da República.

Assim, é fácil concluirmos que o princípio republicano leva ao princípio da generalidade da tributação, pelo qual a carga tributária, longe de ser imposta sem qualquer critério, alcança a todos com *isonomia e justiça*. Por outro raio semântico, o sacrifício econômico que o contribuinte deve suportar precisa ser igual para todos os que se acham na mesma situação jurídica. (CARRAZZA, 2003, p. 69)

Se o poder na República emana do povo, a investidura do legislador é limitada na vontade do povo. E o povo não transferiria poder para o legislador se não com o intuito de beneficiar-se. Assim, o tributo não pode ser apenas destinado ao Poder Público, nem incidir

---

<sup>59</sup> Constituição Federal. Título VI – Da Tributação e do Orçamento. Capítulo I – Do Sistema Tributário Nacional – Seção II – Das Limitações ao Poder de Tributar. Artigo 150.

desigualmente sobre os indivíduos. Precisa respeitar a igualdade e voltar-se ao bem comum.

Esta isonomia identificada com República tem origem na própria dignidade humana e na ideia geral de justiça.

A essência da igualdade encontra no magistério de Antônio Roque Carrazza seus objetivos: a) a proibição de se discriminar contribuintes que se encontrem numa mesma situação jurídica e b) o tratamento discriminante de contribuintes que não se encontrem em situação equivalente, na medida de suas desigualdades.

Sendo o tributo uma maneira de distribuir o ônus social entre os indivíduos da sociedade e devendo essa distribuição observar a possibilidade de preservar o mínimo existencial, o princípio da igualdade será a régua a ser utilizada para essa distribuição e, por essa razão, faz parte integrante da essência do tributo. (ZYAHAMA, 2009, p. 56)

O princípio da igualdade encontra previsão constitucional no artigo 150, II<sup>60</sup> da Constituição Federal que veda aos entes tributantes a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Como decorrência lógica do princípio da igualdade tem-se o princípio da capacidade contributiva. São iguais tributariamente aqueles que gozam de igual capacidade contributiva – ou melhor, expressam iguais signos presuntivos de riqueza.

## **B) Princípio da capacidade contributiva**

Dispõe a Constituição Federal, no artigo 145, § 1º que *sempre que possível, os impostos<sup>61</sup> terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.*

A capacidade contributiva pode ser compreendida como aquela potencialidade do sujeito passivo da relação tributária de agregar, ao

---

<sup>60</sup> Artigo 150, CF. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II) Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

<sup>61</sup> O princípio da capacidade contributiva é aplicável apenas aos impostos. As taxas têm caráter retributivo da atuação estatal e seu valor guarda equivalência com esta atuação. As contribuições de melhoria são orientadas pelo princípio do benefício. (NORONHA, 2011, p.94)

patrimônio e necessidades do Erário, recursos que não afetem sua própria possibilidade de gerá-los. (MARTINS, 2005, p. 51)

O princípio da capacidade contributiva encontra seu antepassado na lei hebraica que, quando se trata de sacrifício, consente tanto em Lv. 5:7 quanto em Lv 12:8 que o ofertante que não tivesse recurso para levar ao sacrifício uma espécie de gado, poderia substituí-lo por dois pombinhos ou duas rolinhas. Embora a Deus, em sua onipotência, não seja obviamente atribuída nenhuma limitação ao poder de tributar, nota-se sua benevolência em não exigir muito daquele que não podia adimplir, possibilitando assim o acesso justo ao ritual que, se arrimado em um sentimento puro e verdadeiro, aproximaria seu servo de Si. (CORRÊA *in* BALTHAZAR, 2006, p. 23)

As idênticas manifestações de capacidade contributiva devem estar sujeitas à idêntica tributação. O fato jurídico do tributo há de ser presuntivo de riqueza econômica, mesmo porque os números da pretensão impositiva hão de sair de avaliação que ele próprio ofereça. (CARVALHO *in* MARTINS, 2005, p. 406)

Consoante José Casalta Nabais:

Como substrato ou pressuposto da tributação, a capacidade contributiva tem de basear-se na força e potencialidade econômica do contribuinte, expressa na titularidade ou utilização de riqueza. É que sendo o imposto por definição uma subtração ou captação coativa da riqueza, não se vê como possa ser cobrado numa situação em que a mesma falte ou relativamente a um contribuinte que dela não disponha. (NABAIS, 2004, p.463)

No Brasil a riqueza é tributada pela via dos impostos de forma taxativa (salvo a competência residual da União), conforme previsões dos artigos 153 a 156 da Carta Republicana, que são pressupostos objetivos da capacidade contributiva. O pressuposto subjetivo que vincula o princípio da capacidade contributiva encontra fundamento no mínimo existencial, ou seja, o legislador deve quantificar o tributo de modo a não tributar aquele mínimo necessário à digna existência do contribuinte. Outro limite da quantificação vem previsto no artigo 150,

IV<sup>62</sup> da Constituição Federal que proíbe a imposição tributária confiscatória<sup>63</sup>. (NORONHA, 2011, p. 93-95)

Misabel Abreu Machado Derzi afirma que a *capacidade contributiva é de fato a espinha dorsal da justiça tributária, é o critério que inspira a igualdade*. (DERZI in BALEEIRO, 2001, p. 413)

A tributação sobre a renda da pessoa física no Brasil é uma forma de tributação direta na qual se aplica o princípio da capacidade contributiva, pelas alíquotas progressivas e pela faixa de isenção<sup>64</sup>. É um dos casos em que o legislador identifica o signo da riqueza e ao mensurar e fixar a alíquota incidente capta a capacidade do sujeito de contribuir para que o Estado cumpra sua função de realizar o bem comum. Assim, o princípio da capacidade contributiva é desdobramento do princípio da solidariedade social e, portanto, elemento necessário para construir uma sociedade justa (art. 3º, I, da CF/88) (GRECO, 2008, p.316)

Mesmo após identificar as ocorrências que demonstrem fecundidade econômica<sup>65</sup>, o legislador precisa dimensionar a percentagem dessa riqueza que pode se extraída do contribuinte, sem violar o mínimo existencial<sup>66</sup> e sem adentrar na esfera confiscatória. Os mecanismos de dosagem são a proporcionalidade e a progressividade. (BECKER, 2002, p. 289)

### C) Princípios da progressividade e proporcionalidade fiscais.

A progressividade e a proporcionalidade são princípios aplicáveis a tributos específicos, não se tratando de regra genérica. Expressam, todavia, o ideal de justiça distributiva.

---

<sup>62</sup> Artigo 150. É vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...) IV - utilizar o tributo com efeito de confisco.

<sup>63</sup> É confiscatório o imposto que, por assim dizer, esgota a riqueza tributável das pessoas, isto é, não leva em conta suas capacidades contributivas. (CARRAZZA, 2003, p. 89)

<sup>64</sup> Lei 11.482/2007. Artigo 1º. O imposto de renda incidente sobre os rendimentos de pessoas físicas será calculado de acordo com as seguintes tabelas progressivas mensais, em reais: IV) a partir do ano-calendário de 2010: até R\$ 1.499,15 – isento; de R\$ 1.499,16 até R\$ 2.246,75 – 7,5%; de R\$ 2.246,76 até R\$ 2.995,70 – 15%; de R\$ 2.995,71 até R\$ 3.743,19 – 22,5%; acima de R\$ 3.743,19 – 27,5%.

<sup>65</sup> Termo utilizado por Paulo de Barros Carvalho. (CARVALHO, 2007, p. 183)

<sup>66</sup> No plano da *dimensão bilateral* da cidadania, a assimetria entre direitos e deveres conduz muitas vezes à confusão do mínimo existencial com os direitos sociais e econômicos. Há dois sistemas para garanti-los: a) o dos impostos, que recaem sobre toda população, destinados a financiar as prestações gratuitas para alguns; b) o de tipo securitário, no qual os próprios titulares dos direitos contribuem para a sua manutenção. O primeiro deve ser reservado para o mínimo existencial; o contributivo, aos direitos sociais e econômicos. Ambos os sistemas se apoiam na *solidariedade*, tomada, entretanto, em sentidos diferentes. (TORRES, 2003: p.16)

Ao discorrer sobre as instituições básicas da justiça distributiva<sup>67</sup>, John Rawls aponta que os impostos proporcionais devem oferecer receita para manter os bens públicos, o setor de transferências e o estabelecimento de igualdade equitativa de oportunidades na educação e em outros campos.

A proporcionalidade consiste na aplicação de alíquotas fixas em base de cálculos variáveis, com o intuito de absorver proporcionalmente o tributo conforme a expressão da base tributada. São exemplos o ICMS, IPI, ITCMD etc. (SABBAG, 2011, p. 411)

Tem-se progressão quando à elevação da matéria tributável, ou de elemento que a compunha, corresponde também a elevação da alíquota. Há, também, progressão quando, à vista de certas finalidades extrafiscais que se pretende alcançadas, a lei estatui a progressiva majoração das alíquotas – independentemente da maior ou menor expressão econômica da matéria tributável – à medida que o comportamento do contribuinte impeça ou retarde o alcance daquela finalidade. (BARRETO, 2009, p.250)

Exemplos de tributos progressivos no sistema tributário constitucional são o IPTU progressivo em razão do valor do imóvel (art. 156, §1º) e pelo descumprimento da função social (art. 182, § 4º, II); o imposto de renda (art. 153, §1º, I), entre outros.

Todavia a progressividade fiscal no Brasil é ainda muito tímida e recebe críticas da doutrina. Neste sentido, Marcos Rogério Palmeira aponta o conteúdo econômico da regressividade fiscal para as famílias de menor classe de renda como um instrumento que permite a concentração de riquezas:

A tributação direta aplicada sobre as famílias com ganhos até dois salários mínimos perfaz cerca de 2%, enquanto que para o estrato de renda mais elevado o percentual é inferior a 11%. Assim, estima-se que, se as famílias mais ricas pagam aproximadamente seis vezes mais tributos diretos que as mais pobres, sua renda média mensal *per*

---

<sup>67</sup> John Rawls aponta que existem quatro instituições básicas nas quais se divide um governo na efetivação da justiça distributiva: o setor de alocação, o setor de estabilização, setor de transferência e setor de distribuição. O setor de alocação pode recorrer aos impostos para regular o mercado. O setor de estabilização se refere ao pleno emprego e à livre iniciativa. Em conjunto esses dois mantêm a eficiência da economia de mercado. O setor de transferências é responsável pelo mínimo social: garante um certo nível de bem-estar e atende às exigências dos necessitados. O setor de distribuição preserva a justiça aproximativa das partes a serem distribuídas por meio da taxação e dos ajustes no direito de propriedade que se fazem necessários. A segunda parte do setor de distribuição é um sistema de tributação que tem o intuito de arrecadar a receita exigida pela justiça. (RAWLS, 1997, p. 303-307)

*capita* é de 37 vezes maior que o do primeiro estrato de renda. Estes resultados demonstram que a graduação estabelecida, consoante os preceitos liberais, não impede a perpetuação de enormes disparidades de renda na sociedade brasileira. (...) O total de tributos por grupo de despesas analisados compromete quase 27% da renda líquida das famílias pertencentes ao primeiro estrato, ao passo que os mais ricos pagam menos de 8%. (PALMEIRA, 2002, p. 123)

O exemplo acima indica a necessidade de compreensão do resultado econômico da tributação, ou seja, seus reflexos nas finanças dos contribuintes.

Segundo Fernando Giager, técnico do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) “os impostos como ICMS, PIS/COFINS e IPI oneram o consumo sem distinção de poder aquisitivo, enquanto que impostos diretos, como o Imposto de Renda, pesam mais para aqueles que têm renda maior”.<sup>68</sup>

Tributar de forma a atingir a meta da justiça social não implica apenas na aplicação da regra proporcional ou progressiva. É imprescindível identificar a expressão da riqueza na matéria tributável, desonerando seletivamente o consumo dos produtos essenciais.

## **D) Princípio da Seletividade**

A tributação seletiva em decorrência da essencialidade dos produtos é aplicável, de forma obrigatória para o imposto sobre produtos industrializados (IPI) e facultada ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS). É mecanismo extrafiscal que permite maior incidência tributária (maiores alíquotas) nos produtos supérfluos, ora porque expressam suntuosidade, ora por que são prejudiciais à saúde.

No caso dos impostos sobre o tabaco ou bebidas alcoólicas, sua finalidade primeira é extrafiscal, ou seja, induzir a uma diminuição do consumo destas mercadorias, mas, em um segundo plano, proporcionar o ingresso tributário ao Estado (SPAGNOL, 1994, p. 40)

---

<sup>68</sup> *Os pobres gastam 30% da renda com impostos indiretos, os ricos 12%, mas o sistema tributário é estruturado dessa maneira porque os indiretos, sobre o consumo, são mais fáceis de ser cobrados.* (www.ipea.gov.br) Para melhor compreensão indica-se a leitura do Caderno n. 92 do IPEA – Equidade fiscal no Brasil: impactos da tributação e do gasto social (19/05/11). [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110519\\_comunicadoipea9](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110519_comunicadoipea9)

Neste raio de abrangência, a seletividade tributária é um excelente exemplo da infiltração do tributo no meio social, com função regulatória e arrecadatória.

Ives Gandra da Silva Martins indica como um caminho de justiça tributária maior elasticidade das atividades incidíveis, vinculando-as a finalidades inerentes à própria estabilização da sociedade. Em vez de estudar graus de tributação maior ou menor sobre áreas já conhecidas, deve-se alargar a vastidão do impositivo, com potencialidade de resultados melhores para a sociedade e para o Estado. (MARTINS, 2010, p. 377)

Os princípios estudados não são os únicos que limitam o poder de tributar, mas demonstram com clareza que tanto na função fiscal quanto extrafiscal o tributo está a serviço do Estado, que deve estar a serviço da sociedade.

Conforme demonstrado, o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, republicado e federado. Tem por fundamento iluminador a dignidade da pessoa e por objetivo, entre outros, a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades. A efetivação dessas metas passa pelo mecanismo da tributação, que é o meio de sustentação do Estado. A tributação serve assim de mecanismo para a garantia da existência digna e igualitária e instrumento de justiça social.

No próximo capítulo buscar-se-á compreender a extensão dos direitos que necessitam proteção e prestação estatal em prol da sociedade livre, justa e solidária.





## CAPÍTULO II

### MORADIA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

*O direito social tem sido formulado e desenvolvido como uma tentativa de “construção de mundos impossíveis destinada a iluminar a formação e a conquista de mundos possíveis”*

(Boaventura de Sousa Santos)

*"A casa é nosso primeiro universo. As diversas moradas de nossa vida se interpenetram e guardam lembranças em um misto de fantasia e lembrança"*

(Gaston Bachelard)

O que são direitos? No que diferem os direitos humanos, fundamentais, do homem, do cidadão, os de liberdade, políticos, sociais...? O conceito serve a duas orientações: esgotar o significado e conduzir a compreensão ao unificar o entendimento. Todavia, apesar de posições dominantes a trajetória conceitual do direito traçou caminhos ora paralelos ora convergentes.

Pretende-se, sem esgotar o sentido, delinear alguns posicionamentos doutrinários em relação a conceitos do direito com a finalidade de fundamentar histórica e constitucionalmente a garantia do direito social de moradia.

#### 2.1 DIREITOS: NO CAMINHO DO CONCEITO

Immanuel Kant afirma que direito é a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade. (KANT, 2008, p.76) Sustenta que a liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens<sup>69</sup> em virtude da humanidade destes. (KANT, 2008, p.83).

---

<sup>69</sup> Precisamente, el gran avance de la Modernidad, y en su seno del legado doctrinal kantiano, reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad. A partir de entonces la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no va a estar restringida a determinadas personas o grupos privilegiados, sino que va a ser reconocida como um atributo básico inherente a todos los hombres, por el mero hecho de su nacimiento.(PECES-BARBA

Todavia, conforme a lição de Eros Roberto Grau em cada sociedade manifesta-se um determinado Direito diverso e distinto de outros direitos que se manifestam em outras sociedades<sup>70</sup>. O conceitua assim como produto de uma determinada cultura, integrado por princípios e regras. (GRAU, *in* BARRETTO, 2009, p.228).

Paulo de Barros Carvalho, por sua vez, ensina que o direito existe para cumprir o fim específico de reger comportamentos humanos, nas suas relações de interpessoalidade, implantando os valores que a sociedade almeja alcançar. (CARVALHO *in* MARTINS, 2005, p. 410)

Roberto Mangabeira Unger afirma que um sistema de direitos, no sentido da discussão de todos os direitos, é fundamentalmente a parte institucionalizada da vida social protegida por uma visão da associação humana possível e desejável. Os limites dos direitos são limites da própria institucionalização. (UNGER, 2001, p.381)

No decorrer do processo histórico os direitos foram adjetivados: direitos fundamentais, direitos humanos, direitos naturais (John Locke), direitos positivos (Hans Kelsen). Esta qualificação que se atribuiu doutrinariamente aos direitos permite compreender suas origens e sistemas.

Dissecando conceitos, Ricardo Lobo Torres afirma que os direitos humanos se aproximam dos direitos fundamentais, pois se referem aos direitos decorrentes da própria natureza dos homens. (TORRES *in* BARRETTO, 2009, p.243)

Vicente de Paulo Barreto elucida que direitos humanos é uma expressão que combina lei e moralidade e traduzem desde o século XVIII basicamente o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, à igualdade de todos os homens perante a lei, à segurança, à liberdade de expressão, o acesso à educação e o direito à participação política. Escorado na doutrina de Levinas, afirma que os direitos humanos manifestam o caráter de humanidade da pessoa, independente de qualquer outorga e subsistem mesmo quando as condições históricas ou culturais os negam<sup>71</sup>. Todavia, ao comentar o

---

MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael, 2001, p.482/483)

<sup>70</sup> Nas sociedades contemporâneas, marcadas pela pluralidade, o Direito é despertado a fornecer respostas: o que deve ou não regular, o que deve ficar aberto e o que deve ficar fechado, de que maneira disciplinar, a quais valores está vinculado, quais fins perseguir, ou seja, em resumo, quais organizações normativas e, em destaque, quais estruturas constitucionais se exibem como as mais adequadas para estas comunidades, em conjunto (elementos partilhados) e separadamente (elementos particulares) (OLIVEIRA, 2010, p. 30)

<sup>71</sup> (...) no cerne da pessoa encontram-se demandas que lhe são essenciais, mas que dependem da superação de condições naturais e sociais (BARRETTO, 2010, p. 12)

artigo primeiro da Declaração dos Direitos Humanos onde se lê: *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*, reconhece que a igualdade não é natural e deve ser conquistada. (BARRETTO, 2010, p.10)

Joaquín Herrera Flores ensina que os direitos humanos são processos, um resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acessos aos bens necessários para a vida<sup>72</sup>. E não se confundem com os direitos positivados. A positivação é apenas o reconhecimento e garantia de direitos já existentes. (FLORES, 2009, p.34)

Norberto Bobbio questiona a existência de um fundamento absoluto dos direitos do homem. Afirma que não existem direitos fundamentais por natureza, pois os direitos do homem são uma classe variável consoante as condições históricas e heterogêneas (de pretensões diversas). Os direitos não são fundamentais porque derivam da essência ou da natureza do homem<sup>73</sup>, como desejavam os jusnaturalistas. Direitos são declarados<sup>74</sup>, conforme fizeram os 48 Estados na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948<sup>75</sup>. (BOBBIO, 2004, p. 37-47).

A teorização dos fundamentos dos direitos humanos na modernidade se deve Immanuel Kant, pois os principais elementos constitutivos da ideia de direitos humanos, a concepção axiológica de liberdade como explicitação da justiça necessária e o aporte dos valores

---

<sup>72</sup> Os direitos humanos constituem uma realidade de três faces: são a consequência e a possibilidade de atuar individual e coletivamente para ver reconhecidas e colocadas em prática as diferentes e plurais visões que tenhamos de nossas capacidades e necessidades (esfera política dos direitos), com o objetivo de ajustar (esfera axiológica dos direitos) o mundo àquilo que a cada momento e em cada lugar se entenda por dignidade humana (esfera teleológica dos direitos). (FLORES, 2009, p.194)

<sup>73</sup> Homens de fato, não nascem nem livres, nem iguais. A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. (BOBBIO, 2004, p. 49)

<sup>74</sup> *La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, com los Protocolos facultativos a este último, conforman la conocida como Carta Internacional de los Derechos Humanos, que describe el régimen general de reconocimiento y protección de derechos humanos.* (PECES-BARBA MARTÍNÉZ, Gregorio; LIESA, Carlos R. Fernández; CASCÓN, Ángel Llamas, 2001, p.280)

<sup>75</sup> Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. (BOBBIO, 2004, p.50)

que emergem das garantias e liberdades cívicas ancoram no pensamento kantiano. (PECES-BARBA MARTÍNEZ; FERNÁNDEZ GARCÍA; DE ASÍS ROIG, 2001, p. 451)

Em Immanuel Kant se cumpre e culmina o projeto humanista da Modernidade, por isso, sua doutrina expressa alguns dos postulados básicos: a racionalidade como fundamento dos direitos e das instituições jurídicas e políticas; a universalidade como âmbito para o exercício e a paz como meta para a convivência social interna e externa.<sup>76</sup>

Mas o problema do fundamento dos direitos é recorrente na doutrina. Luigi Ferrajoli ao responder ao questionamento "*que direitos são fundamentais?*" afirma que há uma variedade de significados da expressão direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2005, p.287)

Prossegue o autor afirmando a existência de vários sentidos que podem se associar a palavra fundamento. Estes são quatro: a) a razão – o fundamento teórico, b) a fonte – o fundamento jurídico, c) a justificação – o fundamento axiológico, d) a origem – o fundamento histórico e sociológico. E, são correlativos os diferentes significados do adjetivo fundamentais: a referência universal no plano da teoria dos direitos, as constituições e leis fundamentais que os reconhecem no plano jurídico, os valores assumidos como básicos no plano axiológico, os processos políticos e sociais mediante os quais são promovidos e implementados no plano histórico e sociológico. (FERRAJOLI, 2005, p.314)

A questão trazida por Luigi Ferrajoli é saber quais direitos devem ser tutelados como fundamentais. A resposta contempla quatro critérios axiológicos, que escorados na máxima da moral kantiana, expressam uma opção ética-política em favor dos valores da pessoa: vida, dignidade, liberdade e sobrevivência.

O primeiro critério é o nexos dos direitos fundamentais e a igualdade. Devem aqueles assegurarem esta, no aspecto da vida, da liberdade, e das necessidades vitais a todos os sujeitos.

O segundo critério, em conexão com o primeiro, é o nexos dos direitos fundamentais e a democracia. Entendida esta na dimensão substancial dos direitos políticos, civis, de liberdade e sociais.

O terceiro critério é o nexos entre direitos fundamentais e paz, estabelecido no preâmbulo da Declaração Universal de 1948. De modo que, os direitos fundamentais devem garantir a condição necessária de

---

<sup>76</sup> En Kant se cumple y culmina el proyecto humanista de la Modernidad; por eso, su doctrina expresa algunos de los postulados básicos ilustrados: la racionalidad como fundamento de los derechos y de las instituciones jurídicas y políticas, la universalidad como ámbito para su ejercicio y la paz como meta de la convivencia social interna y externa. (PECES-BARBA MARTÍNEZ; FERNÁNDEZ GARCÍA; DE ASÍS ROIG, 2001, p. 452)

convivência pacífica: o direito à vida e a integridade das pessoas, os direitos de liberdade, civis e políticos e também *em um mundo em que sobreviver é um direito cada vez menos natural e progressivamente mais artificial, os direitos sociais à sobrevivência*.<sup>77</sup>

O quarto critério é o papel dos direitos fundamentais como a lei do mais fraco. Com esta base, todos os direitos fundamentais (direito à vida, à liberdade, e direitos sociais) podem ser definidos, no plano axiológico como a lei do mais frágil em alternativa a lei do mais forte que imperaria em sua ausência: *de quem é mais forte fisicamente como no estado de natureza hobbesiano, de quem é mais forte politicamente, como no estado absoluto, de quem é mais forte economicamente e socialmente, como no mercado capitalista*.<sup>78</sup>

Norberto Bobbio afirma que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto de justificá-los, mas de protegê-los, garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. Um problema político, não filosófico. (BOBBIO, 2004, p. 43)

O Pacto dos Direitos Humanos (1966) consolidou a divisão histórica dos direitos humanos em duas grandes categorias: 1) dos direitos civis e políticos, conhecidos como de primeira geração, 2) dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou a segunda geração de direitos. (HIERRO, 2007, p. 163)

Para Norberto Bobbio o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, na limitação do poder estatal (liberdade em relação ao Estado), num segundo momento, os direitos políticos, com reconhecimento da autonomia e maior participação da comunidade no poder político (liberdade no Estado) e, finalmente, os direitos sociais, que traduzem novas exigências de igualdade não formal (liberdade por meio do Estado) (BOBBIO, 2004, p. 52)

Na compreensão dos conceitos, Vicente de Paulo Barreto afirma não haver equalização dos direitos e dos direitos humanos e elucida que se está falando de *conceitos diferentes, pois direitos humanos consistem precisamente num instrumento de crítica e contestação, exatamente, do sistema de direito positivo*. (BARRETTO, 2010, p. 17)

---

<sup>77</sup> *En un mundo en el que sobrevivir es un hecho cada vez menos natural y progresivamente más artificial, los derechos sociales a la supervivencia*". (FERRAJOLI, 2005, p. 316)

<sup>78</sup> *De quien es más fuerte físicamente como en el estado de naturaleza hobbesiano, de quien es más fuerte politicamente, com en el estado absoluto, de quien es más fuerte económicamente y socialmente, como en el mercado capitalista*." (FERRAJOLI, 2005, p. 316)

Percebe-se que a doutrina não pacificou entendimento quando aos fundamentos dos direitos, mas reconhece, por maioria, como direitos humanos ou direitos do homem aqueles pertencentes a todo gênero humano, constantes nas declarações universais de direitos e, por direitos fundamentais os direitos declarados nas Constituições dos Estados, de que são titulares apenas os cidadãos daquele Estado em específico.<sup>79</sup>

A compreensão da vastidão de direitos é facilitada pelo estudo das dimensões que estes direitos foram galgando no processo histórico, conforme se observa em seguida.

## 2.2 DIMENSÕES DE DIREITOS

Os direitos do homem multiplicaram-se no transcurso da história, banhados pelo contexto social. Esta proliferação se deve ao aumento dos bens merecedores de tutela, à extensão da titularidade de direitos e à especificidade dos sujeitos de direito. Em síntese, mais bens, mais sujeitos, mais status de indivíduo. (BOBBIO, 2004, p.83)

Esta multiplicidade de direitos possibilitou à doutrina a classificação dos direitos em gerações ou dimensões. O uso do termo geração de direitos não é pacífica. Neste sentido:

[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais [...](SARLET, 2007, p.54)

Acompanhando o posicionamento de Ingo Sarlet na classificação que segue será adotado o termo dimensões de direitos.

Todavia, em que pesem às divergências quanto à terminologia a ser utilizada, existe consenso quanto ao conteúdo de cada uma das dimensões de direitos.

---

<sup>79</sup> No magistério de J.J. Canotilho os direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.. E Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) (CANOTILHO, 2003, p. 393). Posição que é compartilhada por Luigi Ferrajoli para quem son *"derechos fundamentales"* en el sentido arriba estipulado, en un determinado ordenamiento, aquellos derechos que las normas constitucionales o legislativas pertenecientes a el atribuyen universalmente a todos en cuanto personas, o ciudadanos y/o capaces de obrar. (FERRAJOLI, 2005, p.315)

Outra divergência repousa sobre a quantificação das dimensões de direitos. Discute-se a existência de três dimensões de direitos, havendo, ainda, quem entenda existir uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta dimensão, conforme se verá a seguir.

### **Os direitos fundamentais da primeira dimensão**

Os direitos de primeira dimensão estão pautados no pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, evitando a intervenção do Estado na esfera de autonomia do cidadão. (LAFER, 1999, p.126).

Estes direitos estão ligados ao jusnaturalismo, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, sendo complementados pelas liberdades de expressão coletiva, pelos direitos de participação política, o direito de igualdade e algumas garantias processuais, são, portanto, os direitos civis e políticos. (SARLET, 2007, p. 56). São direitos dotados de subjetividade, são faculdades ou atributos inerentes à pessoa, oponíveis ao Estado e, que ao delimitarem o espaço intransponível da autonomia individual, estabelecem limites a serem observados pelo poder público. (BARRETTO, 2010, p.209)

Antonio Carlos Wolkmer trata neste mesmo sentido, como: *direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos 'negativos'.* (WOLKMER, 2003, p.07)

Compõem os direitos civis de primeira dimensão legalmente instituídos as Declarações de Direitos da Virgínia-EUA de 1776 e da França de 1789. Foram positivados também na Constituição Norte-Americana de 1787 e nas Constituições Francesas de 1791 e 1793. O Código Napoleônico de 1804 traz a marca desses direitos de primeira dimensão na forte tradução do espírito liberal-individual. (WOLKMER, 2003, p. 08). Figuram nestes textos como direitos inatos, imprescritíveis, invioláveis, e definitivamente universais.

### **Os direitos fundamentais da segunda dimensão**

O aspecto distinto destes direitos refere-se à dimensão positiva, visto que, não se evita mais a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas visa-se propiciar um direito de participação do bem-estar social. (LAFER, 1999, p.127).



O cenário dos direitos de segunda dimensão é o processo de industrialização e os graves impasses socioeconômicos que ocorreram entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX, marcado pelo desequilíbrio de vida de diferentes classes sociais.

Marca esta época o desenvolvimento das correntes socialistas, anarquistas e reformistas, a posição da Igreja Católica com sua doutrina social (a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, de 1891), os efeitos políticos das Revoluções Mexicanas de 1917, os impactos econômicos do keynesianismo e o intervencionismo estatal do *New Deal*.

No campo do direito criou-se a Organização Internacional do Trabalho (1919), que permitiu o fortalecimento do movimento sindical. Emergem o Direito do Trabalho e o Direito Sindical. (WOLKMER, 2003, p.08).

As demandas decorrentes do processo de industrialização fazem emergir direitos econômicos, sociais e culturais que inicialmente e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1791 e 1848 e na Constituição Brasileira de 1934. (LAFER, 1999, p. 128).

A satisfação de certas necessidades básicas e o acesso a certos bens fundamentais, para todos os membros da comunidade, passam a ser vistos como exigências éticas a que o Estado deve necessariamente responder. (BARRETTO, 2010, p. 211)

É no século XX, porém, nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um grande número de Constituições, fazendo parte de diversos pactos internacionais.

Não estão presentes nos direitos de segunda dimensão apenas os direitos positivos, mas também, as chamadas “liberdades sociais”, como por exemplo, da liberdade de sindicalização, do direito de greve, os direitos fundamentais individuais dos trabalhadores. (SARLET, 2007, p. 57).

Enquadra-se nesta dimensão o direito à moradia, positivado no Brasil como direito social pela emenda constitucional n. 26/2000 que alterou a redação do artigo 6º<sup>80</sup> da Constituição Federal. (SOUZA, 2004, p. 113-114).

---

<sup>80</sup> Art. 6º, CF. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Se os direitos de primeira dimensão surgem em nome da liberdade negativa e se fundam na Revolução Francesa, os direitos sociais de segunda dimensão surgem em nome da liberdade igualitária e se fundam nos Estados Democráticos de Direito. Um novo paradigma que universaliza os humanos e os direitos – a único direito – a liberdade kantiana.

### **Os direitos fundamentais da terceira dimensão**

Os direitos de fraternidade ou de solidariedade são classificados como direitos de terceira dimensão. A titularidade daqueles pertence a grupos, de forma coletiva ou difusa, arredando a figura do sujeito homem-indivíduo.

Antonio Carlos Wolkmer diz que há nesta terceira dimensão duas posições doutrinárias entre os pensadores brasileiros: a) a interpretação abrangente acerca dos direitos de solidariedade ou fraternidade (expressados por Celso Lafer, Paulo Bonavides, Bedin, Ingo Sarlet) para fazer nestes incluir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação; b) interpretação específica acerca de direitos transindividuais (Oliveira Jr.) – que considera de terceira dimensão os direitos de titularidade coletiva e difusa, adquirindo crescente importância o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor. (WOLKMER, 2003, p.09)

Estes direitos tomados na forma abrangente exigem esforços e responsabilidades em escala extraterritorial (até mesmo mundial) para sua efetivação, pois tem implicação universal ou no mínimo, transindividual. (SARLET, 2007, p.58)

Os direitos transindividuais ligados à proteção ambiental e do consumidor, desenvolveram-se a partir da Segunda Guerra Mundial (1945-1950), impulsionada pela política governamental adotada nos Estados Unidos e na Europa (1970).

No Brasil, o assunto tomou relevância no final dos anos 1970, com a aprovação Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) que disciplina e protege o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Marcos positivados desses direitos no ordenamento brasileiro são a Constituição

Federal<sup>81</sup>, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). (WOLKMER, 2003, p.10).

## **Os direitos fundamentais da quarta dimensão**

A quarta dimensão de direitos está relacionada à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, e vincula-se diretamente à vida humana, como a reprodução assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgia intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (clonagem), contracepção, etc. (WOLKMER, 2003, p. 12).

Os direitos de quarta dimensão marcam o final do século XX. São relativamente novos, objeto de discussão e na maioria ainda não regulamentados. Nesse sentido comenta Antonio Carlos Wolkmer que os conflitos advindos

[...] da sofisticação das técnicas de procriação assistida, do tráfico de embriões e de órgãos, da produção de armas bioquímicas, da prática de controle da natalidade, da clonagem e de outros ‘possíveis’ à Engenharia Genética só poderão ser adequadamente resolvidos por meio de acordos internacionais.” (WOLKMER *apud* SAUWEN, 2003, p. 13)

Existem algumas regulamentações que fundamentam os direitos da bioética, como o Código de Nuremberg de 1947, Declaração de Helsinque de 1964, Lei Brasileira da Biossegurança (Lei n. 8.974/95), Lei de Doação de Órgãos (Lei n. 9.434/97).(WOLKMER, 2003, p. 14).

## **Direitos fundamentais de quinta dimensão**

Os direitos de quinta dimensão são os advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

A passagem do século XX para o novo milênio reflete na transição da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. Porém, diante do avanço progressivo da tecnologia de informação, faz-se

---

<sup>81</sup> Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária. Art. 5º, inciso XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Art. 225 – Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

necessário uma regulamentação legislativa para controlar e proteger os provedores e usuários. As fontes legislativas são escassas, sendo que há no Congresso Nacional projetos de lei tramitando, principalmente sobre a punição à pornografia e à violência por meio de mensagens eletrônicas e da *internet*. (WOLKMER, 2003, p.15).

Apesar das divisões em dimensões, os direitos fundamentais precisam ser tomados na sua totalidade. (OLIVEIRA, 2010, p.16)

As dimensões dos direitos demonstram que a sociedade, em constante processo de transformação, demanda novas proteções jurídicas que garantam a regulação da convivência humana. Trata-se de um processo evolutivo, não estanque, nem escalonado, muito menos universalizado na efetividade das garantias, pois alguns direitos de terceira dimensão ainda são negados a grande parte da população mundial, enquanto outros (na minoria) galgam proteção do uso do ciberespaço.

Lembra Amartya Sen que um número imenso de pessoas em todo mundo é vítima de várias formas de privação de liberdade. Fomes coletivas continuam a ocorrer em determinadas regiões, negando a milhões a liberdade básica de sobreviver. (SEN, 2000, p.29)

O traçado de dimensões expressa a ampliação do espaço de regulação jurídica. Se no século das luzes se discutia a liberdade negativa, no contemporâneo está em debate a genética do ser livre.

Todavia, não se pode deixar de lado a necessidade de extensão dos direitos fundamentais a todo indivíduo. E esta penetração jurídica nos espaços de carência pode ser analisada a partir da garantia dos direitos sociais àqueles desalojados da liberdade de escolha.

A compreensão dos direitos sociais passa pelo desdobramento do conceito de dignidade.

## **2.3 DIGNIDADE HUMANA**

O ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que a humanidade é dotada de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. (SARLET *in* BARRETO, 2009, p.212).

Neste sentido, Caetano Dias Corrêa registra que a concepção judaica do homem como *imago dei* traz consigo, mediante a noção de amor ao próximo, a ideia primitiva da dignidade da pessoa humana. (CORRÊA *in* BLATHAZAR, 2006, p.16)

Os escritos sobre a ideia de dignidade perpassam a história da filosofia Ocidental. Antes mesmo do texto clássico de Pico Della Mirandola, *Discurso sobre a dignidade do homem*<sup>82</sup> (1486) a questão encontrava-se na obra de Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuino e Santo Tomás, forjando no decorrer da história os limites do conceito de dignidade. (BARRETTO, 2010, p.58)

É em Immanuel Kant que se encontram as raízes do conceito de dignidade na cultura contemporânea, com base no processo de racionalização e abandono do conceito sacro. Kant ao identificar o homem como fim em si mesmo, dotado de autonomia e liberdade, o diferencia dos demais seres e coisas, por ser portador de dignidade. É o que se depreende da leitura da obra do filósofo iluminista:

O que se relaciona com as inclinações e necessidades humanas em geral tem um *preço de mercado*; o que, mesmo sem pressupor necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, um comprazimento com o mero jogo sem visar fins das forças de nosso ânimo, um preço afetivo; mas o que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor intrínseco, isto é, *dignidade*.

Ora, a moralidade é a única condição sob a qual um ser racional pode ser fim em si mesmo: porque só através dela é possível ser um membro legislante no reino dos fins. Portanto, a moralidade e a humanidade, na medida em que ela é capaz da mesma, é a única coisa que tem dignidade. (KANT, 2009, p.264)

A partir do conjunto da obra de Kant, Vicente de Paulo Barretto descortina o conceito de dignidade através de sete conceitos extraídos dos textos kantianos: ser racional, *homo noumenon*, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia e liberdade. (BARRETTO, 2010, p. 67)

O homem dotado de razão é condição de moralidade, para que as leis morais tenham valor universal. A razão é determinante, o que faz do homem uma coisa em si mesmo (*noumenon*), pertencente ao mundo

---

<sup>82</sup> Em Pico Della Mirandola a identificação do caráter nuclear da pessoa é a liberdade do indivíduo em determinar-se. Nas palavras do autor: *não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal, nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até ao seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo.* (PICCO DELLA MIRANDOLA, 1989, p. 53)

inteligível – o mundo da razão e não o mundo sensível. A personalidade de caráter universal e função reguladora se expressa através da liberdade e independência em relação à natureza. Este poder de se encontrar submetido às leis da razão, que são próprias do homem, faz da humanidade um fim em si mesmo. Como máxima tem-se a moralidade, que é a expressão da vontade livre e autônoma.

Em síntese, afirma Vicente de Paulo Barretto que a dignidade humana para Kant consiste na faculdade que tem a pessoa de estabelecer leis universais de comportamento as quais ela própria deve submeter-se (BARRETTO, 2010, p.69). A pessoa humana é digna porque é autônoma, vinculada apenas à própria razão.

Diverso da posição Kantiana, Jürgen Habermas afirma que:

*[...] a dignidade não é uma propriedade que se pode possuir por natureza, como a inteligência ou os olhos azuis. Ela marca, antes, aquela intangibilidade que só pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas. (HABERMAS, 2004, p. 46).*

Neste aspecto Jürgen Habermas, encontra apoio no discurso de Ingo Sarlet quanto ao permanente processo de construção e desenvolvimento do conceito de dignidade. A dignidade não é apenas inerente a natureza humana (apriorístico), mas possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente. (SARLET in BARRETTO, 2009, p.219)

No direito positivado a dignidade é um conceito novo que passa a figurar nas Declarações de Direitos apenas a partir de 1949 – com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Apesar de não constar expressamente na Declaração Revolucionária Francesa de 1789, tem seu conteúdo imbricado nos pilares da revolução.

Ensina Rogério Nascimento:

A dignidade, aceita como reconhecimento da centralidade do ser humano (que deve ser sempre visto como ente moral, ou seja, capaz de fazer escolhas), frente à coletividade, decorre deste complexo: iguais, livres e solidários. Negados estes valores a pessoa deixa de figurar no vértice da vida social. Liberdade explicita a capacidade e a necessidade do sujeito influir no próprio destino, participando das decisões que o afetem. Igualdade

(...) se perfaz com a partilha dos meios de realização pessoal e de promover a vida. Solidariedade exprime a co-responsabilidade pelo destino de todos, com a partilha dos ônus da convivência. (NASCIMENTO, 2005, p.428)

Ingo Wolfgang Sarlet reconhece a dificuldade de uma conceituação clara do que seja efetivamente dignidade, inclusive para efeitos de definição de seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental. No aspecto reverso a violação da dignidade é facilmente identificável, o que demonstra que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente pelo ser humano individualmente considerado.

Dignidade humana pode ser entendida como qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. (SARLET *in* BARRETTO, 2009, p.217)

Na perspectiva kantiana pode-se definir o conteúdo da dignidade como emergente do cerne do gênero humano a desdobrar-se nas duas máximas kantianas: tratar a pessoa como fim e nunca como meio e assegurar-lhe as necessidades vitais.

O imperativo categórico de Kant consiste em:

Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto as direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim (KANT, 2005, p. 58).

O homem ocupa posição central na ordem das coisas. O agir do Estado precisa ter em vista esta centralidade, na essência da moral e também de forma a garantir a completude do ser humano, viabilizando o atendimento de necessidades básicas para evitar degradação e sujeição. *Nesse contexto, a dignidade da pessoa exige para sua preservação o acesso ao trabalho decente, à moradia e aos cuidados relativos à saúde.* (BARRETTO, 2010, p.70). É realidade suprema que depõe o econômico e o político.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que a dignidade da pessoa humana decorre de quatro princípios jurídicos fundamentais: a igualdade (vedação de qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa); a liberdade (que assegura a autonomia ética); a integridade física e moral (garante um conjunto de prestações materiais)

e a solidariedade (garantia e promoção da coexistência humana). (SARLET *in* BARRETTO, 2009, p. 222)

Ingo Sarlet conceitua dignidade nos seguintes termos:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que faz parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET *in* BARRETTO, 2009, p. 223)

Joaquin Herrera Flores propõe uma ideia de dignidade baseada em dois conceitos: a atitude ou consecução de disposições para fazer algo e a aptidão ou aquisição do suficiente poder e capacidade para realizar o que se está disposto previamente a fazer. (FLORES, 2009, p. 116)

Gregorio Peces-Barba considera a dignidade a base da ética pública da modernidade que se realiza socialmente apenas através dos direitos, em especial, os direitos sociais. A dignidade humana entendida como possibilidade fática e ideia normativa. Continua o autor:

A dignidade é individual e é também do conjunto da humanidade, pelo que devemos falar de igual dignidade de todos os seres humanos. Ao passar para a possibilidade fática o seu caráter normativo, como pressuposto para nos realizarmos como pessoas, enquanto as razões para a procura existencial, para uma ação positiva dos poderes públicos, que utilizam, entre outros, o instrumento dos direitos sociais para ajudar a satisfazer necessidades básicas que muitos indivíduos não podem alcançar por si mesmos ou que impedem radicalmente o desenvolvimento da dignidade para estas pessoas.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> *La dignidad es individual y es también del conjunto de la humanidad, por lo que debemos hablar de igual dignidad de todos los seres humanos. Al pasar de la posible facticidad a su carácter normativo, al deber ser que suponen para realizarnos como personas, enquanto las razones para la procura existencial, para la acción positiva de los poderes públicos, que utilizan, entre otros, el instrumento de los derechos sociales para ayudar a satisfacer*



No sentido de tarefa imposta ao Estado, como prestação, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição desta, com a tutela de um conjunto de direitos e liberdades indispensáveis. (SARLET *in* BARRETTO, 2009, p.220)

O ser racional é dotado de dignidade, valor intrínseco e característico de sua natureza, que precisa ser reconhecido pelo ordenamento (como bem fez o legislador constituinte em 1988) e validado na prática cotidiana.

A Declaração Universal da ONU (1948) declara em seu artigo 1º: *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.*

A Constituição Brasileira integrou ao ordenamento jurídico o princípio da dignidade, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito.<sup>84</sup> A posição que a dignidade ocupa no texto constitucional autoriza afirmar que o desenvolvimento do ser humano em completude é o alicerce da ordem democrática. Toda vontade estatal deve ter por finalidade preservar a essência humana e destruir os obstáculos ou abrir caminhos para o florescer da dignidade.

A concretização da dignidade humana precisa ser demarcada positivamente para garantir sua efetivação e construir mecanismos de viabilização dos direitos fundamentais àqueles que vivem na carência.

Neste sentido, a doutrina desenvolveu o conceito do mínimo existencial, que será compreendido no item a seguir.

## 2.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria do mínimo existencial é inspirada na doutrina e jurisprudência constitucional alemã. Por mínimo existencial entende-se um conjunto de bens indispensáveis para a vida condigna. O conteúdo material do mínimo existencial<sup>85</sup> é variável conforme a conjuntura do

---

*necesidades básicas que muchos individuos no pueden alcanzar por si mismos y que impedirían radicalmente el desarrollo de la dignidad de esas personas.* (PECES-BARBA, 2007, p. 85)

<sup>84</sup> A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

<sup>85</sup> Em tempos diferentes e no mesmo espaço: o mínimo existencial no Brasil de hoje não é o do Brasil do Império. No mesmo tempo e em espaços diferentes: o mínimo existencial na Suécia não é igual àquele que se põe na Etiópia. Em tempos diversos, em espaços distintos: o mínimo

Estado, época histórica, local, ou seja, consoante as necessidades a que o indivíduo precisa suprir, minimamente, na sociedade na qual vive. Por se referir às condições de existência, o mínimo é vinculado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Segundo Ana Paula de Barcellos:

[...] há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja, se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. (BARCELLOS, 2008, p. 226)

A mesma autora identifica como mínimo existencial dispostos na Constituição Federal quatro elementos, sendo eles, a educação, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça, todos correspondentes à dignidade da pessoa humana.

Daniel Sarmiento enfatiza que:

[...]fere a dignidade do indivíduo não apenas quando é privado de suas liberdades fundamentais, mas também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia, tendo o Estado o dever de promover a dignidade, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano. (SARMENTO, 2000, p.71)

Pela ótica constitucional o mínimo existencial pode ser traduzido nos direitos sociais<sup>86</sup> fundamentais, dispostos no artigo 6º da Carta Magna.

Ensina Ricardo Lobo Torres que:

[...]a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência

---

existencial do Chile no final do século passado não é o mesmo da França na época medieval. (OLIVEIRA, 2010, p. 383)

<sup>86</sup> Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o rendimento mínimo garantido, as prestações de assistência social básica, o subsídio de desemprego são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da Constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito. (CANOTILHO, 1998, p. 482)

de tributos sobre direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. (TORRES *in* BARRETO, 2009, p.245)

Do magistério de Fábio Corrêa Souza de Oliveira se absorve que por um imperativo constitucional o Estado está obrigado a garantir as prestações imprescindíveis para a existência consoante à dignidade da pessoa humana.

Trata-se, portanto de um direito universal, todos são titulares do direito de exigir do Estado prestação que atendam às suas precisões básicas em prol de um núcleo elementar bastante para propiciar uma vida digna. (OLIVEIRA, 2010, p. 301)

O mínimo existencial coloca-se como um direito subjetivo do indivíduo contra o Poder Público, que seria obrigado a garantir uma existência mínima digna a todos os cidadãos. (BARRETTO, 2010, p. 205)

Nos contornos de dignidade o mínimo existencial encontra sua legitimidade nos próprios princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que aparecem enumerados no artigo 1º da Constituição Federal: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo político. (TORRES, 2003, p.11)

Na legislação ordinária a Lei 8.742/1993 - Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) regulamenta o artigo 203<sup>87</sup> da Constituição Federal e prevê o dever do Estado em prover os mínimos sociais, conforme reza:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

---

<sup>87</sup> Art. 203, CF – A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II) o amparo às crianças e adolescentes carentes; III) a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V) a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Esta legislação está a sinalizar a universalização deste direito a um mínimo.

Quando os direitos que constroem o mínimo existencial forem garantidos a todos os cidadãos haverá o fortalecimento da democracia, pois um maior número de cidadãos sentir-se-á partícipe do Estado. Rompida será a institucionalização de classes – desaparecerão os sujeitos de segunda classe. Na sociedade dos iguais, livres de posições predefinidas, os cidadãos tornar-se-ão mais capazes de tratar uns com os outros, imaginativa e praticamente, como indivíduos e não como representantes de categorias. Esta possibilidade de relacionamento concreto sem coordenadas sociais é descrita por Roberto Mangabeira Unger como a marca do amor – um estilo de solidariedade propiciado pela democracia forte – capaz de tornar a humanidade feliz<sup>88</sup>. (UNGER, 2001, p. 421)

A fala de Roberto Mangabeira Unger faz lembrar Kant:

Há, no entanto, um fim do qual se pode dizer que todos os seres racionais perseguem realmente (enquanto lhes convêm os imperativos, como seres dependentes que são); há um propósito que não só podem ter, mas que podem pressupor com segurança que todos o têm por uma necessidade natural. E esse propósito é a felicidade. (KANT, 2005, p. 46)

Sem dignidade não há que se falar em felicidade. Pois a felicidade, como contentamento com o todo da existência, depende da constituição (individual, social e genérica) do sujeito, de suas inclinações, de seus instintos e necessidades, de seus interesses, nostalgias e esperanças, bem como das possibilidades que os mundos natural e social oferecem, em uma palavra: porque a felicidade pelo seu conteúdo é variadamente condicionada empiricamente, não se presta para a lei universal e não pode fornecer o fundamento determinante da moralidade. (HÖFFE, 2005, p.218)

Para John Rawls, a pessoa é feliz quando está no caminho da execução (mais ou menos) bem sucedida de um plano racional de vida traçado em circunstâncias (mais ou menos) favoráveis, e está razoavelmente confiante em que suas intenções podem ser realizadas. (RAWLS, 1997, p.610)

Os contornos da dignidade se concretizam em direitos. Direitos que, quando substanciais, produzem pertencimento na sociedade. O

---

<sup>88</sup> A busca da felicidade muitas vezes sugere a busca de certos tipos de objetivos, por exemplo, a vida, a liberdade, e o nosso próprio bem-estar. (RAWLS, 1997, p. 612)

pertencer expressa autonomia, liberdade. A concretude dos direitos sociais, conforme se verá a seguir, é o campo propício ao florescimento da essência humana.

## 2.5 DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, conforme já demonstrado, são direitos de segunda dimensão. Antecedidos historicamente pelos direitos de liberdade (primeira dimensão) que se consolidaram no tempo, os direitos sociais não foram uniformemente recepcionados pela doutrina como direitos subjetivos do indivíduo<sup>89</sup>, que possam ser alegados judicialmente e garantidos por sentença.

Estas divergências geram discussão quanto à essência de direito fundamental dos direitos sociais e a sua garantia e exigibilidade frente ao Estado.

A transformação da sociedade foi a alavanca que impulsionou o surgimento e proliferação dos direitos sociais. São assim, direitos decorrentes do desenvolvimento econômico e tecnológico<sup>90</sup>, não-naturais. Decorrem do aumento das demandas sociais que provocam a produção legislativa e um agir estatal específico. (BOBBIO, 2004, p.91).

Os direitos sociais, positivados de forma específica em cada Estado-nação, tem por pressuposto uma multiplicidade de fatores: capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica e religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. (CANOTILHO, 2003, p.473)

---

<sup>89</sup> *La principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba, a efectos de su justiciabilidad, en que los primeros no requieran la mediación legislativa para configurar los derechos individuales ya estaba, en gran medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental (vida, propiedad, libertad de comercio, honor, etc.) y fue corregida y completada formal y su sistematización – en el período de las revoluciones burguesas mientras que tal mediación legislativa para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose.* (HIERRO, 2007, p.198)

<sup>90</sup> Numa sociedade em que só os proprietários tinham cidadania ativa, era óbvio que o direito de propriedade fosse levado a direito fundamental; do mesmo modo, também foi algo óbvio que, na sociedade dos países da primeira revolução industrial, quando entraram em cena os movimentos operários, o direito do trabalho tivesse sido elevado a direito fundamental. (BOBBIO, 2004, p.91)

Assim, quando o povo, pela vontade soberana, reconhece um direito como social, o faz na medida da conjuntura da nação. Cada sociedade estatui a sua Lei Fundamental, o seu consenso, de acordo com suas próprias características. (OLIVEIRA, 2010, p. 31)

Há, todavia, fundamentos que demarcam o terreno do social.

Para Robert Alexy, o principal fundamento dos direitos sociais é o princípio da liberdade fática que garante a igualdade entre os indivíduos. (ALEXY, 2008, p. 480). Ou seja, os direitos sociais são alavancas de equiparação para aqueles que não possuem meios próprios de garantir a plena expressão da essência humana – o mínimo essencial.

Os direitos prestacionais em sentido estrito são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo tivesse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também dos particulares. Quando se fala de direitos sociais fundamentais, por exemplo, o direito a seguridade social, ao trabalho, a vida e a educação, se faz primeiramente referência aos direitos prestacionais em sentido estrito.<sup>91</sup>

Todavia, existem diferenças de conteúdo nas normas que enunciam direitos sociais: as de conteúdo mínimo e as de conteúdo máximo. Um programa minimalista aponta para assegurar ao indivíduo o domínio dos chamados direitos mínimos ou pequenos direitos sociais. Do contrário, se está diante de um programa com conteúdo maximalista, quando se fala de uma realização plena dos direitos fundamentais.<sup>92</sup>

O conteúdo variável destes direitos delinea-se nos contornos da liberdade fática, constituindo-se em condição para a afirmação dos direitos de liberdade, conforme já dito. Para Jürgen Habermas, direitos políticos e sociais garantem a *concreta realização de iguais liberdades subjetivas para todos*. (BACCELLI, 2006, p. 537). São assim, direitos de liberdade *através e por meio* do Estado (BOBBIO, 2004, p.52).

---

<sup>91</sup> *Los derechos prestacionales em sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtener también de los particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la seguridad social, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos prestacionales em sentido estricto.* (ALEXY, 2008, p. 443)

<sup>92</sup> *Un programa minimalista apunta a asegurarle al individuo el dominio que fuera llamado derechos mínimos o “pequeños” derechos sociales. En cambio, se está frente a un contenido maximalista, cuando se habla de una realización plena de los derechos fundamentales.* (ALEXY, 2008, p. 446)

Geraldo Ataliba<sup>93</sup> amplia o conceito pela concepção de igualdade como igualdade de possibilidades para corrigir as distorções que violam as liberdades. (ATALIBA, 2007, p. 137). E encontra eco em Paulo Bonavides que afirma *a igualdade material faz livres aqueles que a liberdade do Estado de Direito da burguesia fizera paradoxalmente súditos*. (BONAVIDES, 2008, p. 379)

O direito à igualdade pode ser concebido como um metadireito em relação não só à liberdade assegurada pelos direitos de liberdade, como também à **fraternidade prometida pelos direitos sociais**: precisamente, este é o princípio constitutivo dos direitos de liberdade, enquanto igualdade formal dos direitos de todos às suas pessoais distinções ou diferenças, como dos direitos sociais, enquanto igualdade substancial dos direitos de todos a condições sociais de sobrevivência” (FERRAJOLI, 2002, p. 727) (GN)

Ensina José Joaquim Canotilho que o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um princípio de justiça social. (CANOTILHO, 2003, p. 430)

Os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Esse regime, fundado sobre o princípio democrático, pretende assegurar a inclusão social, o que pressupõe participação popular e exercício dos direitos de cidadania. A cidadania, em seu conceito jurídico clássico, estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado. Esse vínculo, entretanto, no quadro do Estado Democrático de Direito torna-se mais abrangente, pois o cidadão é aquele que goza, detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também, direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempo de vulnerabilidade). (BARRETTO in SARLET, 2003, p.130)

---

<sup>93</sup> Na sua concepção inicial – tal como posta pelo ideário da Revolução Francesa, ao lado da legalidade e fraternidade – a igualdade surge como afirmação do cidadão contra o estado. A evolução econômica das sociedades, porém, veio a impor a superação do liberalismo, pela adoção de ingredientes sociais nas constituições, a partir da inovadora constituição que encerra a Revolução Mexicana (1917), passando pela marcante Constituição de Weimar (1919), até a quase universalização da proclamação constitucional dos direitos sociais, em face do poder econômico. Ora, tal evolução há de ter reflexos no concernente à própria extensão do significado do princípio da igualdade. (ATALIBA, 2007, p. 137).

Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida. Esta igualdade conecta-se por um lado, com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais e por outro, funciona como fundamento contra a discriminação, como instrumento de compensação da desigualdade de oportunidades e ainda princípio sancionador da violação da igualdade pela omissão institucional.

Abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais. (CANOTILHO, 2003, p. 474)

Mas, para José Eduardo Faria os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme;

são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios; um direito descontínuo e por vezes até mesmo contraditório, quase sempre dependente da sorte de determinados casos concretos. (...) os direitos sociais são politicamente editados com o objetivo de socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados por parte das múltiplas instâncias do setor público. (FARIA, 1998, p.106)

Afirma o autor ainda que enquanto o tradicional sistema legal de garantias individuais forjado pela dogmática jurídica era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais, exigindo do Estado basicamente uma atitude de auto-restrição e não-interferência, o “direito social” é restritivo, interveniente e compensatório, lidando, assim, com uma *seletividade inclusiva*. (FARIA, 2000, p.272)

A visão de liberdade de Amartya Sen envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades<sup>94</sup> reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. A privação da liberdade pode surgir em razão de processos inadequados

---

<sup>94</sup> *Subjacente à concepção de liberdade com relação ao poder de produzir o resultado que se quer mediante uma avaliação arrazoada, está evidentemente a questão de se a pessoa teve uma oportunidade adequada para raciocinar sobre o que ela de fato quer. Na verdade, a oportunidade de avaliação arrazoada não pode deixar de ser uma parte importante de compreensão substantiva da liberdade.* (SEN, 2011, p. 335)



(como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos e civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar de morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária). A liberdade *substantiva* atua como terreno de expansão de capacidades (SEN, 2000, p. 31).

A pobreza e a insatisfação de necessidades básicas são negações de liberdade que tornam a pessoa vulnerável a violação de outras formas de liberdade<sup>95</sup>. Exemplo, o baixo nível de renda pode ter como causa o analfabetismo e como consequência a subnutrição. Este ciclo vicioso precisa ser interrompido pela intervenção estatal em favor dos desvalidos.

Vicente de Paulo Barreto afirma a existência de uma linha de investigação e argumentação que sustenta haver uma dependência necessária e lógica entre os direitos humanos e os direitos sociais. O argumento de que os direitos sociais inserem-se na categoria dos direitos humanos tem sido desenvolvido por Otfried Höffe em torno da ideia de que a responsabilidade social do Estado é uma das dimensões definidoras do Estado Democrático de Direito. Na Constituição Brasileira (artigo 3º, inciso I) esta ideia se encontra consagrada sob a forma do princípio da solidariedade. (BARRETTO, 2010, p. 28).

A partir dessa leitura de raízes morais dos direitos humanos é possível afirmar em Höffe que os direitos sociais são condições de eficácia dos direitos humanos.

Mas, algumas características são comuns aos direitos de segunda dimensão, também nominados de direitos econômicos-sociais:

- (1) Os direitos econômicos-sociais não são universais, senão particulares de certo tipo de sujeitos, (2) os direitos econômicos-sociais não são absolutos (*erga omnes*) senão relativos a certo tipo de relações sociais, (3) os direitos econômicos sociais não são definitivos senão requerem para sua atualização a mediação de uma certa organização das instituições públicas, (4) os direitos econômicos-sociais não são gratuitos nem baratos senão direitos caros cuja satisfação requer levar a cabo grandes investimentos públicos, (5)

---

<sup>95</sup> A negação da liberdade econômica implica a negação da liberdade social e política. (SEN, 2000, p. 8)

os direitos econômicos-sociais não são, por consequência, executáveis.<sup>96</sup>

Os sujeitos dos direitos econômicos e sociais são os indivíduos afetados pela carência<sup>97</sup>. São direitos que figuram na relação destes sujeitos específicos com o Estado (não são opostos *erga omnes*, mas sim opostos ao Estado). Trata-se de direitos cuja prestação é metaindividual, direcionados à coletividade, pela via de políticas públicas. Em vez de serem direitos contra o Estado, se constituem em direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais, como a implementação de políticas sociais que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos (BARRETO *in* SARLET, 2003, p.124).

São direitos que têm eficácia na medida de sua regulamentação e do aparato institucional. Dependem de dispêndio de recursos públicos. E, somente são reivindicáveis quando o legislador instrumentar sua viabilização. Quanto à possibilidade de reivindicação, Luigi Ferrajoli compreende os direitos sociais como expectativas de prestações por parte do Estado, como é o caso da saúde, da educação, da seguridade social e similares. (FERRAJOLI, 2005, p.294)

Todavia, José Joaquim Canotilho ensina que as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem<sup>98</sup> estes a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições (ex.: escolas), serviços (ex.: segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: habitações econômicas e rendimento mínimo). (CANOTILHO, 2003, p. 408)

Numa interpretação ética dos direitos humanos, fundada em valores intrínsecos à racionalidade humana, devem-se compreender os

---

<sup>96</sup> (1) *Los derechos económico-sociales no son universales, sino particulares de cierto tipo de sujetos*, (2) *los derechos económico-sociales no son absolutos (erga omnes) sino relativos a cierto tipo de relación social*, (3) *los derechos económico-sociales no son definitivos sino que requieren para su actualización la mediación de una cierta organización de las instituciones públicas*, (4) *los derechos económico-sociales no son gratuitos ni baratos sino que son derechos caros cuya satisfacción requiere llevar a cabo cuantiosas inversiones públicas*, (5) *los derechos económico-sociales no son, en consecuencia, justiciables*. (HIERRO, 2007, p. 173)

<sup>97</sup> Na atribuição dos direitos sociais devem ser levadas em conta as diferenças específicas que são relevantes para distinguir um grupo de indivíduos de outro grupo. (BOBBIO, 2004, p.86)

<sup>98</sup> Es el artículo 9.2 de la Constitución Española, que afirma: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. (PECES-BARBA, 2007, p.89)

direitos sociais como direitos essenciais e inafastáveis, por conseguinte fundamentais. (BARETTO *in* SARLET, 2003, p. 124)

Os direitos fundamentais sociais são aqueles destinados à satisfação das necessidades humanas básicas constitucionalmente previstas. (COSTA, 2006, p.209). Estes direitos são pressuposto básico da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do nominado Estado Democrático de Direito (MORAES *in* SARLET, 2003, p.47).

No magistério de Andreas J. Krell se aprende que integram o rol dos direitos sociais os direitos que têm por objeto a prevenção e assistência médica geral (direito à saúde), os que garantem uma ajuda financeira na velhice, doença e invalidez (previdência) e em outras condições de necessidade especial (assistência), os que têm por objeto instituições e programas de formação acessíveis para todos (direito à educação), o alojamento adequado para habitação (à moradia), os direitos que fixam condições de atuação dos empregados (direitos trabalhistas) e a oferta suficiente de empregos de livre escolha (direito ao trabalho), além disso, podem ser incluídos nessa categoria direitos à alimentação adequada, à proteção da maternidade e da infância, à cultura, ao lazer, etc. (KRELL *in* BARRETTO, 2009, p.248)

Estes direitos a um agir estatal em favor dos que dele carecem, podem ser expressos normativamente, de forma diversa. Ensina Robert Alexy que as normas que enunciam direitos sociais fundamentais dividem-se do ponto de vista teórico-estrutural de acordo com três critérios:

a) Normas que conferem direitos subjetivos ou normas que somente obrigam o Estado objetivamente;

b) Normas vinculantes ou não-vinculantes (enunciados programáticos);

c) Normas que prevêm direitos e deveres de forma definitiva (regras) ou princípios. (ALEXY, 2008, p.444)

A proteção mais forte outorga normas vinculantes que garantem direitos prestacionais subjetivos definitivos; a mais débil, normas não vinculantes que fundamentam um mero dever objetivo *prima facie* do Estado em outorgar prestação. O direito a um mínimo existencial é um direito subjetivo definitivo vinculante.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> *La protección más fuerte la otorga normas vinculantes que garantizan derechos prestacionales subjetivos definitivos(1); la más débil, las normas no vinculantes que fundamentan un mero deber objetivo prima facie del Estado a otorgar prestaciones(8). (...) el derecho a um mínimo vital es un derecho subjetivo definitivo vinculante.* (ALEXY, 2008, p.445)

Os ordenamentos podem estabelecer direitos sociais como normas programáticas, num sentido fraco de garantias, apenas como linhas que norteiam o agir estatal; ou numa posição garantista de direitos reconhecê-los como direitos subjetivos, vinculando o Estado a uma prestação – uma proteção forte.

CANOTILHO (2003, p.465) indica quatro possibilidades de positivação das normas sociais:

a) Normas programáticas: são princípios definidores dos fins do Estado e servem apenas como pressão política sobre os órgãos competentes.

b) Normas de organização: impõe ao legislador a competência de realizar certos direitos sociais, com edição de medidas, sem contudo prever sanções para o descumprimento.

c) Garantias institucionais: imposição ao legislador, obrigando-o a respeitar a essência da instituição e protegê-la, atentando-se para dados sociais, econômicos e políticos.

d) Direitos subjetivos públicos: inerentes ao espaço existencial do cidadão, independente da justicialidade e exequibilidade imediatas.

O constitucionalista filia-se a última possibilidade ao afirmar que os direitos sociais não se dissolvem numa mera norma programática ou numa imposição constitucional. No mesmo sentido Liborio Hierro sustenta que se uma ordem jurídica declara certo direito sem estabelecer os deveres jurídicos correspondentes a sua satisfação, simplesmente este direito não existe como direito subjetivo positivo nesse ordenamento jurídico. (HIERRO, 2007, p. 200).

Enquadrar os direitos sociais como direitos humanos pressupõe o enfrentamento de três falácias teóricas levantadas por Vicente de Paulo Barretto (BARRETTO, 2010, p. 199). A primeira delas refere-se ao conflito latente entre direitos civis e políticos e os direitos sociais sob argumento de que a efetividade destes, devido ao custo de sua garantia, violaria os primeiros, em especial as liberdades individuais e o direito de propriedade. Esta falácia, se não suplantada restringiria os direitos sociais à reserva do possível (conceito que será posteriormente analisado).

A segunda dificuldade teórica a transpor é consideração de que os direitos sociais seriam subsidiários dos direitos civis, enquadrando-se como direitos de segunda classe. Quando na verdade são as condições de materialização da liberdade, no mínimo, nos limites existenciais.

O terceiro problema é de ordem teórica, na compreensão do direito pelo viés do formalismo positivista, que desconsidera o conteúdo da norma na realidade social e entende o direito num caráter abstrato. A

distância que este posicionamento guarda em relação à constitucionalização dos direitos sociais impede a efetiva implementação da igualdade material.

Mesmo diante dos argumentos neoliberais acima expostos, os direitos sociais adquiriram um novo papel no sistema jurídico, deixando de ser simples expedientes funcionais, destinados a compensar situações de desigualdade, e passando a atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana. (BARRETTO, 2010, p. 203)

Os direitos sociais figuram no preâmbulo da Constituição Brasileira como finalidade do Estado Democrático. No artigo 6º são discriminados: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Figuram no Capítulo II, do Título II, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais. Uma simples observação estrutural basta para concluir que os direitos sociais são direitos fundamentais de igual hierarquia com os direitos civis e políticos.

Lucidamente, Norberto Bobbio sustenta que descendo do plano ideal para o plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. (BOBBIO, 2004, p. 80).

E neste aspecto os direitos sociais carregam a peja de serem direitos caros ao Estado. Pois para garantir a sua efetividade são necessários serviços públicos – previdência, transferências monetárias<sup>100</sup>, garantias de níveis mínimos de instrução, saúde, bem-estar etc. - que consomem uma quantidade muito alta de recursos<sup>101</sup>. É, portanto, natural que, pela sua relevante incidência sobre os mecanismos

---

<sup>100</sup> No Brasil, existem medidas estatais nesta vertente (programas de transferência de renda), ilustrativamente: no âmbito federal, o programa Bolsa Família, que integra do Programa Fome Zero; no Estado do Rio de Janeiro, o Cheque Cidadão. (OLIVEIRA, 2010, p. 386)

<sup>101</sup> O que realmente deveria ser ameaçado pelo cometimento financeiro é, com efeito, o uso de recursos públicos para finalidades nas quais os benefícios sociais não são nada claros, como, por exemplo, os vultosos gastos com o poderio bélico em inúmeros países pobres nos dias de hoje (gastos que com frequência são muitas vezes maiores do que o dispêndio público em educação básica ou saúde). O comedimento financeiro deveria ser o pesadelo do militarista, e não do professor primário ou da enfermeira do hospital. É um indício do mundo desordenado em que vivemos o fato de o professor primário e a enfermeira se sentirem mais ameaçados pelo comedimento financeiro do que um general do exército. A retificação dessa anomalia requer não a crítica ao comedimento financeiro, e sim um exame mais pragmático e receptivo de reivindicações concorrentes dos fundos sociais. (SEN, 2000, p. 172)

da riqueza e do imposto de renda, os direitos sociais apresentem, no contexto de uma economia de mercado, caráter aleatório. Hoje, depois da vitória planetária da economia de mercado e os processos de globalização econômica que impuseram na Europa a assim chamada “reforma do Estado social”, os “direitos sociais” perderam, em grande parte, os requisitos da universalidade e acionabilidade jurídica – basta pensar, em particular, no direito do trabalho e, em parte no direito à saúde – e tendem a se tornar simples serviços assistenciais, confiados à discricionariedade do poder político. (ZOLO, 2006, p. 78)

Há que se lembrar, que os direitos de primeira dimensão também custam ao Estado, a exemplo do sufrágio e do sistema judiciário. Mas não parecem ao risco de não serem garantidos por questões de custo porque historicamente galgaram posição de imprescindibilidade e estão amparados num conjunto de normas infraconstitucionais que garantem sua operacionalização. (HIERRO, 2007, p.192).

Deixar os direitos sociais por conta da discricionariedade do agir do agente político, sem instrumentar e construir mecanismos de efetivação é uma chancela da ineficácia destes direitos. O legislador deve disciplinar as atividades do Estado e dos cidadãos, a fim de tornar a isonomia um valor vivo e concreto, a ser incessantemente perseguido pela sociedade, pelo Poder Público, por todos os cidadãos. A simples atitude abstentiva do Estado, diante das gritantes desigualdades sociais e do uso do poder econômico, pelos grupos que o detêm, termina por operar como fator de desigualação, com consequência, até políticas, alarmantes. Daí o impor-se ação positiva e concreta do Estado, na promoção efetiva da igualdade, ao lado de legislação compensatória das desigualdades. (ATALIBA, 2007, p.137).

Prover meios de eficácia de direitos sociais é dever dos Estados conforme previsto no artigo 11, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Artigo 11. Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestimenta e vida adequados, e a uma melhora contínua das condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a efetividade deste direito, reconhecendo a este respeito a

importância essencial de uma cooperação internacional fundada no livre consentimento.<sup>102</sup>

As medidas apropriadas para eficácia dos direitos sociais dependem da atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. (LOPES *in* FARIAS, 1998, p.29). Em geral, a entrega da prestação desses direitos não se opera como tradicionalmente se faz com os direitos de liberdade, cuja prestação é individualizada.

Uma das principais características desse “direito social” está no fato de que muitas de suas normas e princípios tratam de valores metafisicamente incomensuráveis. (...) Associada a essa outra característica fundamental do “direito social” reside no fato de que suas normas e seus princípios são dirigidos menos a indivíduos “robsonianos” (isto é, os cidadãos indiferenciados livres e anônimos), e mais na perspectiva dos grupos, coletividades, comunidades, regiões, corporações, setores e classes a que pertencem. (FARIA, 2000, p. 271)

Esta característica não é excludente, pois em casos específicos pode o indivíduo de forma singular demandar a eficácia de um direito social. Mas, os direitos sociais máximos devem ser obtidos pela via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. (TORRES *in* SARLET, 2003)

Os direitos sociais existem declarados, mas sua tutela parece não existir (LOPES, *in* FARIA, 1998, p.113). Precisam ser conquistados num campo de luta pela construção da dignidade (FLORES, 2009, p.25). Rudolf von Ihering ensina que todo direito no mundo foi conquistado com luta. *A vida do direito é a luta e o objetivo do direito é a paz.* (IHERING, 2011, p.35).

Todavia, há uma aparente impotência dos sujeitos coletivos em exigir os direitos sociais fundamentais. Primeiro porque, ao não serem demandados individualmente, exigem uma organização social, que se apresenta enfraquecida pela ideologia individualista do modelo neoliberal. Segundo porque aparentam, erroneamente, mera opção do

---

<sup>102</sup> *Artículo 11. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.* (PECES-BARBA; LIESA & CASCÓN, 2001, p.312)

administrador público fazer cumprir o previsto constitucionalmente como “norma programática”.

Trata-se de situações que precisam ser criadas. (...) como transformar o direito à propriedade (defesa de bens contra a injusta invasão ou apropriação de terceiros e permissão para deter bens legitimamente adquiridos) em direito à moradia (acesso à propriedade, ou à posse – pela locação, por exemplo – de um local onde se estabelecer com a família numa cidade). De quem exigir tal acesso? (LOPES *in* FARIA, 1998, p. 127)

Como alternativa da garantia de direitos subjetivos e funcionamento do Estado de Direito, Danilo Zolo propõe uma concepção ativista e conflitualista, ao afirmar que os direitos existem e as instituições garantem-nos enquanto são ativadas através do conflito social. Quanto aos direitos sociais afirma o autor que:

Trata-se de interesses e de expectativas de grande relevância, que o Estado de Direito como tal não está propenso a reconhecer de modo estável, a não ser em termos assistenciais e de qualquer modo largamente não-efetivos. (...) Poderia revelar-se útil uma teoria realista, sociologicamente fundada, dos novos sujeitos “produtores do direito” (...) Em todo caso, não se deveria esquecer que os direitos subjetivos, mesmo quando são proclamados nas formas mais solenes e moralmente vinculantes, são *opportunities* que premiam os vencedores da luta política. (...) Os direitos são (preciosíssimas) próteses sociais que permitem reivindicar com maior possibilidade de sucesso, e sem recorrer novamente ao uso da força, a satisfação de interesses e de expectativas socialmente compartilhadas. (ZOLO, 2006, p. 93)

A promoção do desenvolvimento depende da remoção das privações de liberdade que afligem os membros da sociedade. Um dos caminhos indicados por Amartya Sen para remover privações são as oportunidades sociais - disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor. Essas facilidades importam à vida privada e também à participação na vida pública, por exemplo, o analfabetismo pode ser uma barreira para a atividade profissional e também de



participação política, pela incapacidade de leitura e comunicação. (SEN, 2000, p. 49/56).

Amartya Sen apresenta uma visão ampla da importância das oportunidades e indica sua equidade e eficácia como elemento crucial para uma teoria da justiça, conforme se extrai de sua obra:

Uma teoria da justiça – ou, mais geralmente uma teoria adequada da escolha social normativa – tem de atentar tanto para a justiça dos processos envolvidos como para a equidade e a eficácia das oportunidades substantivas que as pessoas podem desfrutar. (SEN, 2011, p. 331)

A criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das capacidades humanas<sup>103</sup> e da qualidade de vida. Pois, nem todos têm por igual os instrumentos ou meios para levar adiante a luta pelo acesso aos bens necessários para afirmar a própria dignidade, mas deveriam tê-los para estarem dotados do suficiente poder na hora de exercer suas práticas sociais em prol da dignidade. (FLORES, 2009, p. 46)

John Rawls ensina que a igualdade equitativa de oportunidades significa um certo conjunto de instituições que assegura oportunidades semelhantes. (RAWLS, 1997, p.307)

Norberto Bobbio avança ao cogitar como meio de assegurar a justiça social a igualdade de resultados mínimos. Afirma que o Estado não pode se restringir a garantir iguais oportunidades, é necessário *colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida* e este resultado é alcançado quando *se garante a cada um segundo as suas necessidades básicas, independente da capacidade de cada pessoa*. (BOBBIO, 1997, p.32)

Uma das necessidades básicas é a moradia, que ocupa o *locus* de direito social fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>103</sup> O conceito de capacidade está ligado intimamente com o aspecto de oportunidade da liberdade. A vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidade – menos oportunidade real – para realizar as coisas que tem razão para valorizar. (...) A perspectiva da capacidade aponta para a relevância central da desigualdade de capacidades na avaliação das disparidades sociais. (SEN, 2011, p.266)

## 2.6 O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA NO BRASIL

A moradia, no Brasil, é direito fundamental social, previsto no artigo 6º da Carta Republicana, cuja efetividade de execução tem competência estabelecida no artigo 23, IX do mesmo instrumento.

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência, uma casa ou um apartamento, para nele habitar, mas não é necessariamente o direito à casa própria, mas sim, uma garantia de que todos tenham um teto para morar, abrigando a sua família de modo permanente. (SILVA, 2007, p. 314).

Desta forma, esta habitação deve ter dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto, e ainda, que preservem a intimidade pessoal e a privacidade familiar, sendo uma habitação digna e adequada.

Direito à moradia caracteriza-se como um direito positivo, visto que legitima a prestação do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. Direito fundamental posto que nenhum cidadão deve ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa abstenção do Estado e de terceiros, possuindo este último caráter negativo. (SILVA, 2007, p.315).

Este direito está expresso em vários artigos da Constituição Federal, como o art. 3º<sup>104</sup>, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização e promover o bem de todos, neste caso que todos tenham acesso e direito a uma moradia digna.

O artigo 6º do mesmo ordenamento jurídico traduz expressamente que o direito à moradia é um dos direitos sociais de cada indivíduo:

Artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, **a moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso).

A moradia foi inclusa como direito social pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. Observa-se que esta

---

<sup>104</sup> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

inserção no texto constitucional traduz-se em responsabilidade para o Estado, o qual deverá apresentar propostas e viabilizar o concreto acesso à moradia aos integrantes da sociedade. (INÁCIO, 2002, p.40).

O Estado tem o dever de garantir o direito à moradia, em nível de vida adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, intitulados constitucionalmente. (SOUZA, 2004, p.119)

O artigo 23, X<sup>105</sup>, atribui competência comum às entidades públicas da Federação para combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, o que importa em criar condições de habitabilidade adequada para todos.

Há também, norma específica prevista no artigo 23, IX<sup>106</sup> da Constituição Federal determinando competência comum dos entes federados para promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento.

O direito à moradia está expresso no Estatuto da Cidade - Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001, como diretriz geral da política urbana. Prevê o artigo 2º, inciso I<sup>107</sup>, que a política urbana tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, para o qual terá por diretriz a garantia do direito a cidades sustentáveis. A sustentabilidade da cidade inclui o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, a infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer.

O artigo 3º, inciso III<sup>108</sup> da referida lei, prevê a competência da União, para em parceria com Estados e Municípios, promover

---

<sup>105</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

<sup>106</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

<sup>107</sup> Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

<sup>108</sup> Art. 3º. Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana: III – promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

O direito à moradia está intimamente ligado a outros direitos, como o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, ao sigilo de correspondência e de sua residência, ao segredo doméstico, ao sossego, à educação, à saúde, visto que um não é exercido sem a complementação do outro, não tendo, desta forma, como viver dignamente em condições subumanas. (SOUZA, 2004, p. 135-136).

As políticas sociais, notadamente as que concernem a direitos fundamentais, devem estar atreladas a finalidade de incluir o imenso contingente de pessoas que não tem satisfeitas suas necessidades humanas básicas (v.g. CF, arts. 1, III, 3º, III, 170, VII e 193). Daí, a credencial que a Carta de 1988 confere às políticas sociais que focalizam, sem tornar residual, determinados grupos que se encontram em situações materiais desfavoráveis à concretização de dignidade humana. (GONÇALVES, 2006, p.211)

Neste aspecto, o direito à moradia compõe o mínimo existencial. (SARLET, 2003b, p.193).

Afirma Fábio Corrêa Souza de Oliveira, numa leitura compromissada com a força jurídica da norma constitucional (artigo 6º) que há obrigatoriedade estatal em acolher todos aqueles que estão ao relento, pelas ruas, bem como quem reside em construções localizadas em áreas de perigo, além de implementar ações para a melhoria das condições habitacionais de toda população que vive em construções precárias, inaptas a uma vida digna, em favelas ou palafitas. Aponta o autor uma alternativa para garantir dignidade: a construção de abrigos para situações emergenciais e a execução de programas de moradia - fornecimento de materiais e orientação técnica de obra, financiamentos, edificação de conjuntos habitacionais. (OLIVEIRA, 2010, p. 388)

A falta de moradia é um obstáculo ao exercício de outros direitos: o direito ao endereço fixo (para referenciar a residência quando da procura do emprego), o direito ao saneamento básico, a água potável, a intimidade (muitos barracos que possuem um único cômodo abrigam pais e filhos), a segurança<sup>109</sup> (a desordem territorial das ocupações é

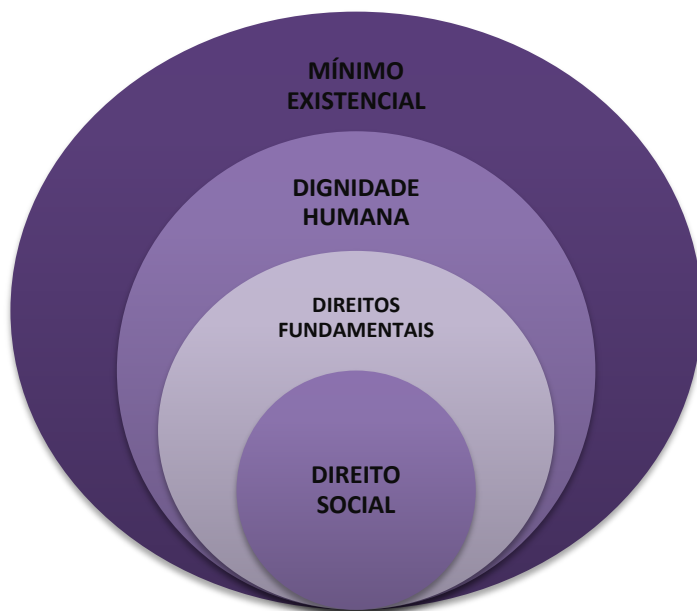
---

<sup>109</sup>Exemplo recente se extrai dos combates no Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro. Relata José Ivan Schelavim que foi nos anos 80 que o Complexo do Alemão se transformou no grande complexo de moradias desordenadas, conhecidas como favela, cujo epicentro começou bem antes, nas proximidades do Centro do RJ, local conhecido como Providência. Desde então, o Complexo do Alemão continua recebendo população sem que haja

espaço propício para incontáveis atos de criminosos), os direitos à cidade ordenada (iluminação pública, arruamento, proximidade dos equipamentos públicos...), à saúde (muitas das ocupações irregulares são inadequadas: sem ventilação, luz natural, proteção contra intempéries...). Como bem leciona Amartya Sen os bens primários (entre eles a moradia) são apenas meios para outras coisas, em especial para a liberdade (SEN, 2011, p. 268)

Negar moradia é garantia de exclusão.

Sistematicamente pode-se compreender a posição do direito social fundamental à moradia conforme esquema que segue:



---

infraestrutura básica e serviços capazes de propiciar condições de vida adequadas. (...) Esse Complexo é considerado uma das maiores e mais populosas áreas de baixa renda do Rio, apresentando os menores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) da cidade e maior densidade domiciliar (4,06 habitantes por domicílio). A expectativa de vida no Complexo do Alemão é de 64 anos, contrastando com a de Copabana, que alcança os 77 anos (isso representa uma diferença de 13 anos). Já a mortalidade infantil é de 40,15 por cem mil habitantes, enquanto na zona Sul o mesmo índice é de apenas 7,76 por cem mil habitantes (dados do Instituto Municipal de Urbanismo Pereira Passos, Rio de Janeiro, 2004) (SCHELAVIN, 2011, p. 69)

## 2.7 A RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos sociais<sup>110</sup> pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado e então, como forma de dar uma resposta a negação desses direitos, aderiu-se a construção dogmática da reserva do possível. A reserva do possível pode ser conceituada como *conjunto de fatores (monetários, de pessoal, equipamentos, demanda, prioridades) que propicia ou guia a atividade estatal*. (OLIVEIRA, 2010, p. 385).

José Eduardo Faria afirma que o grande paradoxo dos direitos sociais no Brasil é que,

apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de “humanidade”; portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma infuqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento. (FARIA, 1998, p. 95)

A falta de recursos públicos é a forte alegação da negação dos direitos, principalmente os prestacionais – direitos sociais, como moradia, educação, saúde etc. Todavia, estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos resulta na ameaça à existência de todos os direitos. (BARRETTO, 2010, p.205).

Ensina J.J. Canotilho que um direito social sob “*reserva dos cofres cheios*” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. (CANOTILHO, 2003, p.481)

---

<sup>110</sup> Integram também a cidadania os direitos sociais singelos (não dotados de jusfundamentalidade), que postulam, “sob a reserva do possível”, a entrega de prestações positivas; erigem o status positivus socialis, carente de otimização pelas políticas públicas e que deve ser maximizado inclusive pela dimensão reivindicatória e política da cidadania (TORRES in SARLET, 2003, p.15)

Para discutir a reserva do possível não se pode desconsiderar a vultosa arrecadação fiscal brasileira, que indica a existência de recursos nos cofres públicos. Então, não há falta de recursos públicos no Brasil. Faltam recursos para amparar os direitos sociais. Porquê? Fábio Corrêa Souza de Oliveira aponta pistas:

Dois perniciosos fatores contribuem decisivamente para acentuar ineficiências e aumentar a impressão da escassez de recursos, sendo exaustivamente verificados no Brasil, com terríveis efeitos: 1) a corrupção disseminada, de escândalos sucessivos, que tanto vilipendia os cofres públicos, consumindo altas somas que deveriam ser aplicadas nas atribuições estatais; 2) o desrespeito a uma escala razoável de prioridades de investimentos, que requer um juízo de sopesamento de acordo com a axiologia constitucional, seja por incompetência dos agentes públicos ou, o que afigura acontecer mais, por práticas populistas, clientelistas, assistencialistas, eleitoreiras. (OLIVEIRA, 2010, p.59)

O destino irregular (ilícito) dos recursos<sup>111</sup> e a priorização de investimentos a parte dos direitos sociais resulta, de forma efetiva, na negação destes direitos.

Convém lembrar que as opções do Poder Legislativo e Executivo na aplicação de recursos públicos estão constitucionalmente vinculadas. Se existem mínimos de dignidade a serem concretizados, se esta dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, se os agentes do poder ao assumirem seus cargos juram cumprir a Constituição, então há obrigação moral e constitucional de aplicar os recursos públicos, primeiramente nas políticas sociais básicas, que garantam a todos os cidadãos o mínimo digno para existência. A reserva do possível merece análise fora do campo da dignidade. Neste campo, a imposição é a regra.

Se há fatores impossíveis de realizar, estes são resultados das opções de poder. As demandas sociais colocam em questão o processo global de apropriação das riquezas e dos benefícios sociais de modo geral (LOPES *in* FARIA, 1998, p. 138). Na sociedade de mercado não

---

<sup>111</sup> A corrupção drena anualmente dos cofres públicos a gigantesca quantia de 85 bilhões de reais, o equivalente a 2,3% de toda riqueza produzida pelo país. Se fosse usado para fazer investimentos públicos, esse dinheiro resolveria alguns dos mais sérios problemas brasileiros. E seria possível construir 1,5 milhão de casas populares, suprimindo assim 30% do déficit habitacional do Brasil. (Revista Veja, 26 de outubro, 2011, p.79)

há compartilhamento de benefícios, há sim acúmulo de capital por alguns à custa do empobrecimento de outros<sup>112</sup>.

Como já afirmado o fundamento dos direitos sociais encontra âncora na dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Esta interpretação sedimenta a importância da primazia do cidadão como condição de realização da democracia.

Quando o Estado garante o mínimo existencial pela via da efetividade dos direitos sociais, propulsiona um mínimo de inclusão. Esta inclusão expressa cidadania. Cidadão é aquele que detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais (trabalho, educação, habitação, prestações sociais em tempo de vulnerabilidade). Assim, a cidadania é vínculo que liga o sujeito ao Estado, na condição de partícipe, e o Estado ao sujeito, como garantidor de direitos. Esta via de mão dupla é indispensável para a existência digna.

Os direitos sociais necessitam de uma *ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por ele geradas com a sua positivação*. (FARIA, 2000, p. 273). O investimento público é forma de garantia destes direitos.

Cumprida toda trajetória dos avanços sociais, das Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias. Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer, e, de último, até mesmo a qualidade de vida, consagrando um capítulo à ecologia ou, com mais propriedade, ao meio ambiente. (BONAVIDES, 2008, p. 382)

A eliminação das desigualdades é uma tarefa irrenunciável – em primeiro lugar, por razões de coerência entre um suposto ideal de igualdade e a própria ideia de democracia; em segundo lugar pela constatação de igual dignidade das pessoas, apesar das desigualdades

---

<sup>112</sup> O Estado é perdulário. Gasta muito, e ao fazê-lo privilegia poucos, em detrimento da maioria, pois não investe nos serviços públicos essenciais dos quais ela carece, tais como educação, segurança e saúde. (MACHADO, 2003, p.42)



físicas e psicológicas. Essa igualdade material irá garantir a cada indivíduo o gozo de uma renda mínima, moradia digna, emprego, assistência sanitária, educação fundamental e apoio em tempos de dificuldade. (BARRETTO, 2010, p.213) Só no mundo dos iguais na essência e expressão humana haverá paz.

Alexandre Fernandes Dantas salienta que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Poder Público com a finalidade de eximir-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais fundamentais humanos. (DANTAS, 2010, p.31)

Aceitar reservas implica admitir a fragmentação da dignidade da pessoa humana. Mas, não há homem pela metade. Não há meia dignidade.

A priorização dos investimentos em políticas públicas é além de ordem constitucional opção moral pela solidariedade, num mundo no qual a segmentação e a negação de direitos já deixaram marcas profundas.

## **2.8 SOLIDARIEDADE**

A solidariedade foi objeto de discussão filosófica no que tange a essência humana, a saber, se homem é um ser social por natureza ou por necessidade. Em Aristóteles se encontra a afirmação da natureza humana tendo por pressuposto a sociedade:

Fica evidente, portanto, que a cidade participa das coisas da natureza, que o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade, e que aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstancia, deixa de participar de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. (ARISTÓTELES, 2001, p.14).

Assim, não há homem fora da sociedade, fora da comunidade.

Na Idade Média, a solidariedade aparece relacionada à religiosidade<sup>113</sup>, com forte influência da igreja. Com o advento do

---

<sup>113</sup> Antes ainda, registra Caetano Dias Corrêa, a obediência a Deus entre o povo israelita, durante sua travessia pelo deserto, representava uma preocupação individual de cada integrante do povo em se esforçar para que o bem comum fosse atingido. (CORRÊA in BALTHAZAR, 2006, p.14)

Estado Moderno (século XVIII) e a laicização do poder e do Direito, há um fortalecimento do individualismo e a solidariedade se arrefece.

Em resposta às consequências sociais do liberalismo, surgem no século XIX movimentos de resgate da solidariedade, pelo viés de discussão da justiça e igualdade social. No início do século XX, o solidarismo surge como uma doutrina moral e social baseada na solidariedade social e na busca pela justiça social.

A partir da Segunda Guerra Mundial os estudiosos sentem a necessidade de reaproximar o direito da moral; este movimento é denominado por alguns como pós-positivista e por outros como virada kantiana, mas que ainda está se concretizando na maioria dos Estados. (DYRLUND in BARRETTO, 2009, p.778)

No ordenamento brasileiro a solidariedade figura como valor de objetivo da República, inserto no artigo 3º, inciso I e III da Carta Constitucional: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – I construir uma sociedade livre, justa e solidária, III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.*

Sob o aspecto de responsabilidade e comprometimento social afirma Amartya Sen:

[...] como pessoas que vivem – em um sentido amplo – juntas, não podemos escapar à noção de que os acontecimentos terríveis<sup>114</sup> que vemos à nossa volta são essencialmente problemas nossos. Eles são responsabilidade nossa – independentemente de serem ou não de mais alguém. (SEN, 2000, p.320)

O significado do termo solidariedade denota o dever do Estado de assistência aos necessitados, o direito e o dever cívico entre os

---

<sup>114</sup> Vivemos, pois, na época da exclusão generalizada. Um mundo no qual quatro quintos de seus habitantes sobrevivem à beira da miséria; um mundo no qual a pobreza aumenta em 400 milhões de pessoas ao ano, segundo o relatório do Banco Mundial de 1998, o que faz com que, atualmente, 30% da população mundial viva (?) com menos de um dólar ao dia, situação que atinge de forma especial às mulheres. Além disso, 20 % da população mais pobre recebe menos de 2% da riqueza do mundo, enquanto 20% dos mais ricos ficam com mais de 80% do total das riquezas produzidas. Um mundo em que mais de 1 milhão de trabalhadores e trabalhadoras morrem por acidente de trabalho, 840 milhões de pessoas passam fome, um bilhão não têm acesso a água potável e a mesma quantidade é analfabeta, tudo em razão de planos de (des)ajuste estrutural que estão impondo o desaparecimento das mais diminutas garantias sociais (PNUD, 1996). Um mundo em que ao ano morrem de fome e de doenças evitáveis um número que resulta da multiplicação por 6000 o total de mortos nas Torres Gêmeas... Está claro que não são as pessoas que contam, pois o que importa é unicamente a rentabilidade. (FLORES, 2009, p. 152)

integrantes da sociedade, bem como o dever de efetivação dos direitos humanos sociais. Solidariedade se pauta na justiça social, na igualdade e na dignidade da pessoa humana. (DYRLUND in BARRETTO, 2009, p. 778).

Alfredo Augusto Becker, pelas lentes de Giorgio del Vecchio, afirma que a embriologia do Estado é uma espécie de *solidariedade psicológica continuada* entre indivíduos, porque aquela atividade continua e relacionada ao bem comum é sustentada e alimentada pela inteligência e pela vontade dos indivíduos humanos. (BECKER, 2002, p. 163).

De modo que, há uma constante mutação do bem comum que se positiva no ordenamento. Para o Estado Brasileiro o bem comum, já positivado, é finalidade da solidariedade aplicada por efetivas políticas públicas.

Com base no princípio da solidariedade passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente (COMPARATO, 2001, p.385)

Roberto Mangabeira Unger, ao reportar-se ao projeto radical da democracia forte, aponta o despertar da solidariedade pelas qualidades do amor: a conquista de uma vulnerabilidade mútua; a aceitação imaginativa de outros indivíduos que rompe a superfície das imagens, papéis e posições estereotipados; e a atenuação do conflito entre a necessidade dos outros e medo individual da ameaça que os outros representam. (UNGER, 2001, p. 419)

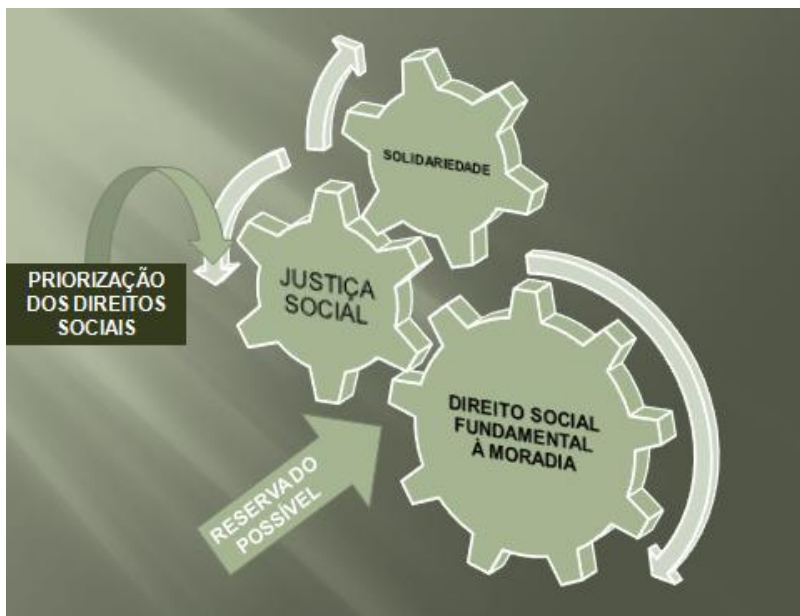
Um dos caminhos da solidariedade é a justiça distributiva, que consiste em repartir proporcionalmente entre os membros da comunidade as vantagens sociais e os encargos comuns. A justiça distributiva é compatível com uma distribuição desigual dos bens sociais, para equilibrar a diferença. (CITTADINO, 2004, p. 125).

Nestes termos, a política tributária brasileira traz exemplos de justiça distributiva pela solidariedade, como nos casos do princípio da progressividade do imposto de renda, o princípio da capacidade contributiva e a tributação seletiva do imposto sobre produtos industrializados.

A via da tributação é um dos caminhos, constitucionalmente possíveis, de direcionar recursos públicos para realização de direitos.

O tributar é expressão de liberdade<sup>115</sup> ao mesmo tempo em que a arrecadação tributária<sup>116</sup> um instrumento de garantia de direitos sociais.

Esta engrenagem em prol dos direitos sociais pode ser assim expressa:



No próximo capítulo discorrer-se-á sobre a possibilidade de vincular a receita tributária às políticas públicas de moradia, como garantia de concretude deste tão importante direito social fundamental.

<sup>115</sup> Os autônomos são mais livres para serem generosos. (UNGER, 2001, p. 419)

<sup>116</sup> *Es lícito al gobierno obligar a los poderosos a procurar los medios de subsistencia a quienes son incapaces de ello, incluso em lo que se refiere a las necesidades más básicas [...]* (KANT, 2008, p. 326)



## CAPÍTULO III

### RESPOSTA ESTATAL À DEMANDA SOCIAL DE MORADIA

*Não há norma jurídica avulsa. (Geraldo Ataliba)*

*O que a Constituição dá com a mão direita não retira com a esquerda.  
(Rui Barbosa)*

Desenho de Estado Democrático há no Brasil desde 1988. Fundamentos e objetivos demarcam este desenho. Direitos fundamentais substanciam a Constituição. O tributo é historicamente fonte de receita. Atualmente, instrumento nas mãos do Estado para garantir seus fins – o principal: a justiça social. O que falta então para que efetivamente o Brasil seja uma nação igualitária, justa e solidária? Como garantir direitos? Como viabilizar o direito social de moradia?

### 3.1 REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS

Histórica, política e constitucionalmente os tributos são reservados exclusivamente para fins públicos (BALEEIRO, 2006, p.785). Certo é então que a receita obtida com a incidência tributária seja entregue nas mãos dos entes federados para que lhe dêem destino específico<sup>117</sup>.

O panorama da economia brasileira é marcado por desequilíbrios regionais<sup>118</sup> que exigem um papel efetivo do Estado na função de redistribuição de renda, o que sem dúvida é um condicionante do modelo tributário.

A participação na receita tributária é diversa da competência dos entes tributantes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). A

---

<sup>117</sup> Registre-se que no século 20 fora introduzida no Brasil a noção de cidadania econômica e social. E desta emergiram direitos, não direitos de poder, mas sim direitos a uma prestação do Estado, o direito à habitação, à alimentação, à educação, à previdência ou à seguridade social no sentido lato. Os direitos de cidadania econômica e social têm natureza completamente distinta dos direitos do século 18 e 19. No século XVIII, a grande disputa política era a cidadania civil, os direitos de garantias civis, os direitos do cidadão em relação ao Estado, eram direitos da liberdade. No século XIX a grande discussão era a cidadania política; objeto dos cem anos do século XIX centrou-se na discussão entre se o *demos* deveria ou não controlar a *polis*, era o tamanho da relação representativa e da capacidade de condicionar a *polis* pelo *demos*, era a discussão do voto da Mulher, era a discussão da extensão e do desaparecimento do voto censitário, era a discussão, enfim, do sufrágio universal. (JOBIM in BALTHAZAR, 1998, p. 197)

<sup>118</sup> [www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas)

receita arrecadada com a incidência tributária é repartida de acordo com ditames constitucionais. (art. 157 a 159 da Constituição Federal).

Ensina Eduardo Sabbag que a repartição da receita tributária, entre as entidades impositoras, é meio garantidor da *autonomia política* dos entes federados, uma vez que esta inexistia dissociada da autonomia financeira (SABBAG, 2011, p.548)

No modelo brasileiro, a transferência ocorre sempre do governo de maior nível para os de menores níveis. Por exemplo, o Município não reparte a receita do IPTU, ISS e ITBI (impostos de sua competência) com os demais entes. Registre-se que o Município não participa da repartição do ITCMD, II, IE, IOF (diverso do IOF-OURO), imposto extraordinário e o imposto sobre grandes fortunas (capacidade tributária não exercitada pela União). (SABBAG, 2011, p. 559)

Na lição de Antonio José Costa, no Brasil a repartição das receitas tributárias obedece a uma técnica de participação de uma entidade na receita tributária de outra, constituindo uma discriminação das rendas pelo produto. (COSTA *in* MARTINS, 2010, p.890)

José Afonso da Silva distingue três modalidades de participação na repartição das receitas:

a) participação em impostos de decretação de uma entidade e percepção por outras, caso em que os recursos arrecadados pela própria entidade beneficiada integram, desde logo, o seu patrimônio (artigos 157, I, e 158, I);

b) participação em impostos de receita partilhada segundo a capacidade da entidade beneficiada, caso em que a participação se realiza por meio de uma percentagem no produto da arrecadação, coletada pela entidade titular do poder tributante, e devolvido o quantum respectivos às entidades beneficiadas, porque a elas pertence de direito; como no caso do artigo 158, II a IV, da CF;

c) participação em fundos, caso em que a entidade beneficiada tem a expectativa de receber certa quantia do fundo, conforme critério de redistribuição geográfica de renda que tais fundos visam realizar, como no caso do artigo 159, CF. (SILVA, 2007, p.608).

Hoje, no Brasil existem os seguintes fundos, através dos quais se realizam as transferências indiretas:

- Fundo de compensação de exportações (FPEX): constituído por 10% da arrecadação total do IPI. Sua distribuição é proporcional ao valor das exportações de produtos industrializados, sendo limitada a participação individual a 20% do total do fundo.

- Fundo de participação dos Estados e do Distrito federal (FPE): 21,5% da arrecadação do IPI e do IR, distribuídos de forma diretamente proporcional à população e à superfície e inversamente proporcional à renda per capita da unidade federativa.

- Fundo de participação dos Municípios (FPM): composto por 22,5% da arrecadação do IPI e do IR, com uma distribuição proporcional à população de cada unidade, sendo que 10% do fundo são reservados para os Municípios das Capitais.

- Fundos regionais: destinados a programas de desenvolvimento nas regiões Norte, Centro-Oeste e Nordeste, seus recursos correspondem a 3% do IPI e do IR.<sup>119</sup>

As transferências intergovernamentais regem-se por dois mecanismos principiológicos básicos do federalismo fiscal, ou seja, observam as finalidades redistributiva e compensatória. Alguns autores apontam também que ela seria a razão para se compensar o desequilíbrio vertical causado pela disparidade na repartição das competências tributárias entre os diversos graus federativos, bem como para se reparar o desequilíbrio horizontal ocasionado pela existente dessemelhança na capacidade dos entes subnacionais em arrecadar seus próprios tributos. (CARVALHO, 2010, p.18)

No Brasil a maior fatia da receita tributária fica nas mãos da União, que dispõe de maior competência para os impostos (II, IE, IR, IPI, IOF, ITR, IGF, IEG, além da competência residual). Ademais, no vasto campo das contribuições especiais, território quase exclusivo da União, apenas a CIDE-combustível sofre repartição tributária.

Conforme dados da Secretaria da Receita Federal, no ano de 2009, os tributos federais representaram 69,83% da carga tributária<sup>120</sup> nacional, os estaduais 25,59%, enquanto os tributos municipais representaram apenas 4,58% da carga<sup>121</sup>.

E a repartição da receita não dá conta de diminuir este distanciamento, pois da receita líquida tributária total arrecadada no Brasil (ano referência 2002<sup>122</sup>) a União fica com 59,3%, os Estados 26,5% e os Municípios 14,2%.

---

<sup>119</sup> [receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/20sistemaadministracaotributaria](http://receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/20sistemaadministracaotributaria)

<sup>120</sup> Carga tributária bruta é definida pelo IPEA como o total de impostos, taxas e contribuições compulsoriamente pagos pelo setor privado ao governo *in* [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)

<sup>121</sup> [www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2009](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2009)

<sup>122</sup> [receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/20sistemaadministracaotributaria](http://receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/20sistemaadministracaotributaria)



Devido à reduzida expressão dos recursos que arrecada<sup>123</sup> por competência própria e também pelo fato de receber a menor fatia da repartição tributária, os Municípios ficam impossibilitados de executar políticas continuadas e extremamente dependentes das transferências intergovernamentais. (CARVALHO, 2010, p.43)

É imperioso encontrar mecanismos que vinculem receitas, fechando as brechas por onde são desviadas vultosas importâncias<sup>124</sup>.

### **3.2 VINCULAÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA - Vedações e possibilidades vigentes na Constituição Federal de 1988**

O artigo 4º do Código Tributário Nacional impõe a compreensão de que a destinação do produto da arrecadação tributária não diz respeito à natureza do tributo. Ou seja, conforme já delineado no capítulo primeiro, outros fatores como o fato gerador, a hipótese de incidência, a vinculação, indicarão a natureza jurídica do tributo.

Todavia, a compreensão da função social do tributo indica que a legitimidade e a eficácia da norma tributária passam pela sua correta destinação (SPAGNOL, 1994, p.58)

Vincular receita tributária significa afetar o destino da arrecadação.

Os impostos que não têm destinação afetada servem ao financiamento de gastos públicos em geral, e os recursos arrecadados são contabilizadas em um caixa único. Um tributo afetado é destinado ao financiamento de um gasto público específico.

A existência de uma tributação meramente fiscal (não afetada), contabilizada em um caixa único, sem vinculação específica, assume grande importância a fim de instrumentar e agilizar a máquina estatal. Por outro lado, não se pode esquecer que o tributo é um importante instrumento de política econômica e social, sendo mister que sua utilização seja prevista no âmbito

---

<sup>123</sup> Marcos Mendes informa que em quase 40% dos municípios as transferências federais e estaduais representam mais de 95% da receita local, sendo praticamente nula a receita própria arrecadada. (MENDES, 2004, p. 4)

<sup>124</sup> Afirma Luigi Ferrajoli que os países de democracia enfraquecida estão assistindo a uma crise do direito. Um dos aspectos dessa crise se traduz na ilegalidade do poder: um gigantesco sistema de corrupção que envolve a política, a administração pública, as finanças e a economia, e que tem se desenvolvido como uma espécie de estado paralelo que despreza os espaços legais e institucionais e se rege por códigos próprios de comportamento, sob a gestão dos partidos políticos e dos lobbies de negócios. (FERRAJOLI, 2006b, p. 15)

de normas e regras que extrapolam a simples fiscalidade, regras e normas estas que constituem exceções aos princípios do caixa único e da não-afetação. (SPAGNOL, 1994, p. 59)

As regras da vedação à vinculação de receita de impostos estão disciplinadas no artigo 167, IV, da Constituição Federal, e foi objeto de alteração recente, por meio da Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003, que deu a seguinte redação ao dispositivo:

Art. 167. São vedados: (...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º<sup>125</sup>, 212<sup>126</sup> e 37, XXII<sup>127</sup>, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (...)

§4º. É permitida a vinculação de receita próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débito para com esta.

Com a Emenda, o legislador constituinte derivado acrescentou uma nova hipótese de exceção a não vinculação da receita de impostos,

---

<sup>125</sup> Art. 198, §2º - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão anualmente, em ações e serviços de saúde recursos mínimos derivados de aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida os termos da lei complementar; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, I, a e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, b e §3º.

<sup>126</sup> Art.212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante dos impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino

<sup>127</sup> Art. 37, XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

qual seja: vinculação da receita de impostos para a realização de atividades da administração tributária.

Com isso, passa-se a ter as seguintes exceções ao princípio da não vinculação de impostos:

a) a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159 (repartição das receitas tributárias, entre os entes federados);

b) a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (CF, art. 198, § 2º);

c) a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212);

d) a destinação de recursos para realização de atividades da administração tributária (CF, art. 37, XXII);

e) a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (CF, arts. 165, § 8º, e 167, § 4º).

O que se pode concluir, é que as vinculações tributárias indicam eleição de prioridades que demandam receita garantida. A educação e a saúde justificam posição na seara vinculativa por serem direitos sociais fundamentais (artigo 6º, CF). A repartição da receita tributária justifica sua posição porque é mecanismo de garantia da Federação, como sustentação da autonomia dos entes federados. A vinculação a atividades da administração tributária pode encontrar fundamento na instrumentação dos meios arrecadatórios, cuja receita garante a justiça social. Já a prestação de garantias é mero instrumento a serviço da gestão dos recursos públicos.

A mitigação do princípio da não vinculação como ocorre nos casos acima demonstra que não há vedação rígida no texto constitucional quanto à possibilidade de vincular receita tributária. De modo que a vinculação pode ser alargada pela vontade do constituinte derivado, como fez com a edição da Emenda Constitucional n. 42/2003.

A finalidade de uma afetação é a garantia de financiamento de um investimento ou despesa de caráter específico, ou seja, um benefício específico em relação à sociedade. (SPAGNOL, 1994, p. 85) Assim, há uma relação direta entre a entrada da receita e sua aplicação.

Todavia, se toda receita tributária for afetada a um destino específico pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo não terá margem discricionária para eleger prioridades, o que pode se apresentar como violação do princípio da tripartição dos poderes.

Ainda, se a receita tributária na totalidade estiver vinculada por disposição constitucional haverá mitigação da autonomia do ente

federado, violando o princípio do federalismo. Estes dois últimos óbices à vinculação serão compreendidos na sequência.

### 3.3 ÓBICES À VINCULAÇÃO DA RECEITA TRIBUTÁRIA

À primeira vista, a vinculação da receita tributária pode significar interferência de um Poder – o Legislativo, na esfera de outro Poder – Executivo, maculando o princípio da tripartição de poderes e ferindo a harmonia dos poderes que é princípio fundamental da República.<sup>128</sup>

Outro impedimento à vinculação da receita que precisa sujeitar-se à análise é a necessária autonomia do ente federado, princípio da organização do Estado Brasileiro<sup>129</sup>.

Demonstrar que ambos os princípios não sofrem violação na essência, quando se vincula a receita tributária para garantia de direitos sociais é o que se pretende a seguir.

#### 3.3.1 Princípio da tripartição dos poderes

Compreender a importância dos princípios é marco necessário para dimensionar a análise constitucional sistemática. Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho define princípio como:

Uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do sistema positivo. (CARVALHO in MARTINS, 2005, p. 400)

O princípio da tripartição dos poderes é expresso no texto Constitucional, consoante artigo 2º: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Isto significa que cada Poder possui uma função pormenorizadamente regulada na Constituição. A função de cada Poder é regulada de modo positivo e negativo: *positivo*, quando a Constituição regula as competências de cada Poder (Poder Legislativo: arts. 44 a 75; Poder Executivo: arts. 76 a 91; Poder Judiciário: arts. 92 a 135);

---

<sup>128</sup> Artigo 2º, CF. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>129</sup> Artigo 18, CF. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

negativo ou por exclusão, porque nenhum Poder pode exercer o poder do outro. (ÁVILA, 2008, p.298)

De acordo com a Constituição somente o Poder Legislativo pode instituir tributos, pois o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único) e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

Leciona Humberto Ávila:

Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a separação dos poderes é bidimensional. Sua dimensão normativa preponderante ou sentido normativo direto é de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar o ideal de harmonia e de coexistência funcional entre os Poderes. No sentido normativo indireto, a separação dos poderes funciona igualmente como um postulado, na medida em que exige do aplicador do Direito o respeito às decisões valorativas do Poder Legislativo objetivadas nos instrumentos normativos que editou. (ÁVILA, 2008, p. 298)

Por aplicação do princípio da tripartição dos poderes, por exemplo, o Judiciário não pode conceder isenções em matéria tributária quando da decisão no caso em concreto. Sua ação se limita à jurisdição (declarar nulidade da norma), pois o exercício de uma função positiva é competência do Legislativo.<sup>130</sup>

O detentor do poder de criar a lei para fazê-la aplicável é exatamente quem mais deve estar voltado para a fenomenologia própria do que seja natural e inerente ao ser humano. Deve ter a preocupação de fazer com que a lei natural seja refletida também na lei positiva, de tal maneira que as relações sociais entre os seres humanos sujeitos à sua soberania fluam sem traumas ou desajustes. (MARTINS, 2010, p. 367)

O legislador, após a edição da Emenda Constitucional n. 26/2000 que alterou artigo 6º da Constituição e elevou a moradia ao patamar da educação e da saúde, como direito social, precisa considerar este valor constitucional e aprovar leis que busquem a realização deste direito. Neste sentido, ensina Hans Kelsen que a *Constituição, que regula a*

---

<sup>130</sup> Neste sentido a decisão da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 896, STF, tribunal Pleno, Relator: Ministro Moreira Alves, julgada em 03/11/93, DJ 16/02/96, p. 2997.

*produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos.* (KELSEN, 2009, p.249)

Assim, é o legislador que tem o dever de captar na sociedade as demandas para positivá-las. Com isso, instrumentará o governo, que nos limites da lei, executará as políticas públicas em favor dos “donos do poder” – o povo<sup>131</sup>. O poder Judiciário somente será provocado quando houver conflito. Este equilíbrio de poderes afasta o autoritarismo. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se posicionou:

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. (STF, DJU, 12 de maio de 2000. MS 23.452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello)

O conteúdo de poder residente em cada esfera não é núcleo duro. Em que pese comporem-se de funções típicas – legislar, executar, julgar – podem ter enxertos atípicos. Por exemplo, a função atípica do Poder Executivo em legislar por Medida Provisória (art. 62, Constituição Federal). O que se precisa evitar é o esvaziamento das funções de um Poder e a concentração de funções em um Poder (BARROSO, 2010, p. 175).

No caso de vincular a receita tributária, em percentuais preestabelecidos, para atender direitos sociais, não há esvaziamento, nem arbitrariedade. Há sim, mecanismo de garantia com vistas a atingir os objetivos da República, que é norte para os três Poderes.

A separação dos poderes figura no parágrafo 4º do artigo 60, da Carta Republicana como uma das cláusulas pétreas, que não pode ser afetada por emenda que tenda a aboli-la. Em igual patamar constitucional encontra-se o direito à moradia, como direito

---

<sup>131</sup> Norberto Bobbio encerra o discurso Direitos do homem e sociedade afirmando: Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra coisa é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção. (BOBBIO, 2004, p. 97)

fundamental. Vincular receita tributária para produção de moradia viola a essência do princípio da tripartição dos poderes?

Neste ponto Luís Roberto Barroso afirma que se deve reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios. (BARROSO, 2004, p.203).

É do mesmo autor a forte afirmação de que os direitos materialmente fundamentais devem receber proteção máxima, independente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo. Esta posição afasta a possível alegação de que apenas os direitos individuais (de primeira dimensão) constituiriam cláusula pétrea<sup>132</sup>. (BARROSO, 2010, p. 180)

Pode-se afirmar que num momento de transição de governo absoluto para um governo democrático, deverá prevalecer o princípio da tripartição dos poderes. Mas, após a consolidação democrática, como no caso do Brasil, esta repartição de soberania cede passo à nova ótica que retira do papel de protagonista o poder do Estado e coloca em seu lugar a pessoa humana, sujeito de direitos.

Assim, a prevalência do princípio da tripartição dos poderes e seu rigorismo apresentaram-se naquele momento histórico de seu surgimento<sup>133</sup> como um mecanismo de balanceamento do poder, reagindo à concentração que conduz a arbitrariedade. No atual estágio do Estado Democrático de Direito Brasileiro, importa mais, socialmente, efetivar os direitos sociais que discutir de onde emana o mandamento de garantia.

Ao se conceber o princípio da separação dos poderes, vê-se que é um postulado fluido, maleável, relativo, variante de cultura para cultura, variante no tempo e no espaço, porque ancorado em conceitos indeterminados. Pode-se, portanto, concluir que ele vem perdendo sua força vinculativa. (OLIVEIRA, 2010, p. 335)

---

<sup>132</sup> Tome-se o exemplo dos direitos sociais. A doutrina contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial, que expressa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado. Ora bem: esses direitos sociais fundamentais são protegidos contra eventual pretensão de supressão pelo poder reformador. (BARROSO, 2010, p. 181)

<sup>133</sup> O Estado moderno foi concebido inicialmente dentro da esfera absolutista. A reação doutrinária ao absolutismo veio buscando a valorização do homem como sujeito de direitos. (...) Nascido como uma resposta a um Estado absoluto, o Estado de Direito tendeu a assumir uma forma exacerbadamente liberal, quase inerte, e pelas mesmas razões, transmutou-se em Estado Social de Direito. (SPAGNOL, 1994, p. 34)

Leciona Paulo de Barros Carvalho:

a substituição de um princípio por outro, construído por alterações que se realizam no plano pragmático, é algo natural e perfeitamente compreensível, mesmo porque a sociedade humana vive em constante mutação, e os conteúdos axiológicos exercem um papel histórico, portanto, delimitado no tempo. (CARVALHO in MARTINS, 2005, p. 413)

E, ademais, com a vinculação de percentuais de receita não há esvaziamento do Poder Executivo, apenas direcionamento para fins específicos, que constarão do orçamento.

*O orçamento é o programa ou plano de ação do governo para um período determinado expressado em termos financeiros* e aprovado pelo legislativo. (SPAGNOL, 1994, p.61). Assim, haverá chancela legislativa dos representantes do povo.

### **3.3.2 Autonomia dos entes federativos**

A Federação significa a forma de Estado, *o modo como se dá a distribuição espacial do poder político*. (BARROSO, 2010, p. 172). No Brasil, como leciona Alexandre de Moraes:

No processo dinâmico da história, o Estado federal e presidencialista apresentava mudanças inicialmente caracterizadas por um modelo idealizado fraco (rei sem coroa), que nunca chegou a existir ou ser aplicado na prática, logo modificado por um processo político autoritário e centralizador em torno da figura da União e do presidente; e, mais modernamente, em uma tentativa de ampliação dos poderes de controles parlamentares e judiciais em relação ao Executivo e à divisão constitucional de competências, para garantia de maior estabilidade democrática e força aos estados-membros. (MORAES, 2011, p. 12)

No Brasil, desde a Constituição de 1891, o pacto federativo fora consagrado constitucionalmente. Na Constituição vigente o princípio consta do artigo 18, no qual se lê: *A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição*.

A indissolubilidade da federação é uma de suas marcas (art. 1º, *caput*, CF) e cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CF)



Nas palavras de Montesquieu, registradas na obra *O Espírito das Leis*, encontra-se o fundamento para unidades menores de poder:

Em uma grande república, o bem comum sacrifica-se a mil considerações; é subordinado às exceções, depende de acidentes. Em uma república pequena, o bem público se sente mais, é melhor conhecido, está mais perto de cada cidadão; os abusos aí são menos extensos e, por consequência, menos protegidos.

Acertadamente o Brasil outorgou competência para os municípios<sup>134</sup>. Pois, conforme magistério de Geraldo Ataliba é no Município<sup>135</sup> que se realiza, com notável extensão, o ideal republicano da representatividade política, com singular grau de intensidade. Aí, a liberdade de informação, a eficácia da fiscalização sobre o governo, o amplo debate das decisões políticas, o controle próximo dos mandatários pelos eleitores dão eficácia plena a todas as exigências do princípio republicano representativo (ATALIBA, 2007, p.18).

O federalismo tem como características:

a) A repartição de competência legislativa, administrativa e tributária. É imprescindível atribuir aos entes competência em matéria tributária, que garanta renda própria, como previsto nos artigos, 145, 148, 149, 149-A, 153 a 156, da Constituição Federal.

b) Autonomia dos entes federados, entendida como poder de autodeterminação;

c) Participação na formação da vontade do ente global (através da composição paritária do Senado Federal)<sup>136</sup>. (BARROSO, 2010, p.173)

---

<sup>134</sup> O Brasil, segundo informa Ives Gandra da Silva Martins, é o único país do mundo a outorgar, constitucionalmente, competência tributária impositiva aos municípios. (MARTINS, 2010, p.25)

<sup>135</sup> Ao soerguer os municípios como entes federativos, a CF/88 se lhes conferiu o status de ente federativo soberano, imperando que a sua autonomia financeira fosse garantida por um sistema de repartições de receitas tributárias visto que, no processo de distribuição das competências tributárias, houve a prevalência pela União e pelos Estados. (CARVALHO, 2010, p.46)

<sup>136</sup> Além disso, a Constituição deve estabelecer os seguintes princípios: os cidadãos dos diversos estados-membros aderentes à federação devem possuir nacionalidade única dela; repartição constitucional de competências entre a União, os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios; necessidade de que cada ente federativo possua uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria; poder de auto-organização dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, atribuindo-lhes autonomia constitucional; possibilidade constitucional excepcional e taxativa de intervenção federal, para manutenção do equilíbrio federativo; participação dos Estados no Poder Legislativo, de forma a permitir-se a ingerência de sua vontade na formação da legislação federal; possibilidade de criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado; a existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para interpretação e proteção da Constituição Federal. (MORAES, 2011, p. 17)

A vinculação da receita tributária específica de cada ente (as arrecadas por força de competência própria e as recebidas por repartição) a um direito social fundamental, garantido por políticas públicas executáveis pelo próprio ente federado, não lhe retira autonomia, apenas direciona seu agir sob o comando constitucional.

### 3.4 INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A hermenêutica constitucional transita por diversos vieses. Neste item procura-se demonstrar algumas doutrinas de interpretação da Constituição Federal que têm por finalidade garantir-lhe eficácia social.

#### 3.4.1 Doutrina da efetividade

No período que antecedeu a Assembleia Constituinte de 1988, boa parte do debate constitucional brasileiro voltou-se para a efetividade das normas constitucionais, no sentido de garantir a eficácia social da norma. Ao longo da segunda metade da década de 90 o direito constitucional brasileiro iniciou sua reaproximação com a filosofia moral e com a filosofia política, e fundou a doutrina da efetividade constitucional que pode ser assim resumida: *todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos* (BARROSO, 2010, p.223).

Neste sentido afirma Norberto Bobbio:

A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação. Assim como não existe pai sem filho e vice-versa, também não existe direito sem obrigações e vice-versa. (BOBBIO, 2004, p.94)

As normas definidoras de direitos investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Se este dever não for cumprido espontaneamente surge a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir a entrega da prestação.

Esta construção serviu-se de uma *metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido*. (BARROSO, 2010, p. 223-226)

Ensina Rogério José Bento Soares do Nascimento que:

O constitucionalismo da efetividade, que surge contemporâneo da recuperação da legitimidade

constitucional no processo constituinte de 86/88 e serviu de alternativa e superação ao *constitucionalismo orgânico descritivo* representou a vitória do positivismo de inflexão sociológica sobre o positivismo normativo. (NASCIMENTO, 2005, p.431)

Esta doutrina simboliza a aproximação do texto constitucional à realidade dos fatos.

Este patamar da efetividade propiciou a discussão do neoconstitucionalismo no Brasil e da teoria dos direitos fundamentais. A Constituição Brasileira é substantiva e traduz uma *ordem concreta de valores*, na qual tem primazia a supremacia dos direitos fundamentais. Para Gisele Cittadino esta realização de valores apontam para o existir da comunidade, em oposição à concepção liberal de Constituição que prima pela defesa da autonomia dos indivíduos. (CITTADINO, 2004, p.227). Afirma a autora:

A realização dos valores constitucionais e a efetivação do sistema de direitos fundamentais vai depender, por um lado, da participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes, dotada de instrumentos processuais inibidores das omissões do poder público, e, por outro, de uma hermenêutica constitucional que, ultrapassando o formalismo positivista, introduza uma consideração de ordem axiológica na tarefa de interpretação da Constituição. (CITTADINO, 2004, p. 63)

A Constituição existe para que existam de fato os direitos nela previstos. O caminho da efetividade encontra-se nos mecanismos de tutela e garantia dos direitos constantes do próprio texto constitucional.

### **3.4.2 Força Normativa da Constituição**

Noutro momento histórico, em contraponto a posição de Ferdinand Lassalle que defendeu a ideia de que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, Konrad Hesse defende a força normativa da Constituição. E afirma, a *Constituição contém uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado*. (HESSE, 1991, p. 11)

Konrad Hesse defende que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua

vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. (HESSE, 1991, p. 14)

A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 19)

Há necessidade de adequação do agir estatal à vontade da Constituição, pois esta é o condicionante da realidade e não o inverso. De modo que, os preceitos constantes da Constituição devem prevalecer sempre. *A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel*, mas ordem constitucional, na qual a discricionariedade do legislador não encontra campo de livre atuação. (HESSE, 1991, p. 25)

O futuro do Estado, nos moldes desenhados pelo regime democrático dependerá da normatização do agir estatal a partir da vontade constitucionalizada na Carta de 1988. Uma Constituição não pode ser compreendida como um mero documento jurídico que é manuseado conforme aos interesses políticos predominantes. Ela é a expressão máxima da vontade constituída a partir do poder originário – o povo.

A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direcção política”, um

caráter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis. (CANOTILHO, 2003, p. 1150)

A Constituição não é um programa nas mãos do agente político, é uma ordem – a ordem constitucional. Compreendê-la de forma diversa implica enfraquecer sua essência e conseqüentemente violar princípios básicos com o republicano e o democrático.

### 3.4.3 Dirigismo constitucional

Fábio Corrêa Souza de Oliveira conceitua a Constituição Dirigente<sup>137</sup> como a que enuncia programas que vinculam a atuação do Estado, dos Governos, através de pautas formais e materiais, sujeitando negativa e positivamente a conduta de cada um dos três Poderes, direcionando a vontade e o proceder do Poder Público. A diretividade identifica o projeto sócio-estatal basilar. (OLIVEIRA, 2010, p.14).

Logo, a Constituição conduz o poder do Estado nos alinhamentos de seu texto. Norteia e limita o agir aos conteúdos que vincula. É ao mesmo tempo, Constituição substantiva, material, podendo ser qualificada como Constituição Compromissória:

Constituição compromissória é aquela que congrega, em uma unidade de sentido, vetores diversificados ou de colisão latente, pacificados através de uma coerência axiológica-teleológica, reunindo, pois, as forças prevalecentes na sociedade, sem, necessariamente, desprezar posições minoritárias, compondo, por meio de um acordo possível, os vários e contrapostos interesses existentes na sociedade, fechando ou concluindo determinadas questões e deixando outras em aberto ou inconclusas, com o que determina, para mais ou para menos, programas ou diretivas para o Estado e para a sociedade, em vinculação maior ou menor, seja em termos materiais ou procedimentais. (OLIVEIRA, 2010, p.32)

Assim, o dirigismo constitucional é produto do compromisso constitucional. Uma vez compromissado o consenso no texto constitucional há obrigação dirigente.

---

<sup>137</sup> Nada obsta que uma Constituição seja simultaneamente dirigente e garantia. Afirma Fabio Correa de Souza Oliveira que a Constituição Brasileira é deste tipo. (OLIVEIRA, 2010, p. 19)

O dirigismo constitucional impõe que o legislador crie meios necessários à fruição dos direitos fundamentais (em todas as suas dimensões). Pois a teoria da Constituição dirigente ministra que a problemática da vinculação abrange questões de imposição, em linhas positivas. O dever de legislar. (OLIVEIRA, 2010, p. 377)

Importa afirmar que a Constituição, pela sua substantividade, expressa o conteúdo da normatização, e no caso específico do direito à moradia indica ainda o caminho para garantia – a receita tributária.

A força dirigente que provém do fato de os direitos fundamentais requererem providências estatais explica a transição da clássica pretensão de omissão, direito de exigir que o Estado se abstenha de intervir, para proibição de omissão, direito de reivindicar que o Estado aja, seja ativo, na prossecução destes direitos. (CANOTILHO, 2001, p.365)

Está ganhando força a doutrina que considera os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de diversos direitos e obrigações e admite a intervenção do Judiciário em caso de omissões constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, assumindo o mesmo a função de um "contra-poder", para assegurar a supremacia jurídica da Constituição. (KRELL *in* BARRETTO, 2009, p. 251)

Tem-se como certo que se vulnera a imperatividade de uma norma de direito quando se deixa de fazer o que ela determina, ou seja, a Constituição é suscetível de descumprimento por omissão. (BARROSO, 2004, p.257)

Os direitos prestacionais quando não satisfeitos são afrontados pela inércia do Estado, infração que não é menos grave do que a perpetrada por uma medida que restringe excessivamente ou arbitrariamente um direito fundamental.

### **3.4.4 Método da ponderação**

A Constituição alberga um grande número de normas enunciadas de modo aberto, que abrigam matrizes ideológicas antagônicas perceptíveis quando da incidência nos casos concretos e podem indicar soluções diametralmente opostas.

Inobstante, é certo que a Lei Fundamental constitui unidade. O princípio da unidade [...] impõe ao intérprete a tarefa, nem sempre trivial, de buscar a harmonia entre os ditames da Lei

Maior, solucionando as situações de tensão que tendem a se deflagrar em seu seio.” (SARMENTO *in* TORRES, 2001, p.37)

Robert Alexy afirma ser difícil a criação de uma ordem de valores que contenham todos e somente aqueles valores que podem ser relevantes desde o ponto de vista dos direitos fundamentais, ou seja, a criação de uma ordem de valores completa e fechada.<sup>138</sup>

Ou seja, não há um sistema fechado que hierarquize o direito prevalecente em caso de colisão de direitos fundamentais. Então, há necessidade de um sistema de ponderação.

Mesmo entre os direitos fundamentais não há prevalência absoluta de um direito sobre outro, o que possibilita que em casos práticos tenha-se uma colisão entre dois direitos, sendo necessário decidir sobre a prevalência de um sobre o outro no caso concreto. O aplicador deverá ponderar qual direito deve prevalecer naquele caso em concreto, sem anular a essência do direito em colisão.

Na busca de um fundamento para solucionar a colisão entre duas normas constitucionais (por exemplo, separação poderes x direito social fundamental) utiliza-se do método da ponderação, tendo em vista que os critérios clássicos<sup>139</sup> não dão conta da resolução desse conflito entre normas de igual hierarquia, grau de especialidade e de mesmo âmbito espaço-temporal.

Ensina Daniel Sarmento que o método da ponderação é *a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas*. (SARMENTO *in* TORRES, 2001, p.55)

Assim, a solução do conflito será casuística, não aritmética, mas lógica, assumindo importância ímpar o princípio da proporcionalidade, implícito constitucionalmente.

O princípio<sup>140</sup> da proporcionalidade significa que,

---

<sup>138</sup> *La posibilidad de que surja una polemica como esta dificulta la creacion de un orden de valores que contenga todos y solo aquellos valores que pueden ser relevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es decir, la creacion de un orden de valores completo y cerrado.* (ALEXY, 2008, p. 131)

<sup>139</sup> Segundo a lição clássica são três estes critérios: cronológico, hierárquico e de especialidade. O critério cronológico é aquele que postula que entre duas normas incompatíveis, deve prevalecer a posterior: *Lex posterior derogat priori*. O critério hierárquico, por seu turno, determina que no confronto entre as regras jurídicas inconciliáveis, deve ser aplicada a de estatura superior. E, finalmente, o critério da especialidade impõe que na colisão entre duas regras prevaleça a mais especial, em detrimento da mais geral: *Lex specialis derogat generali*. (SARMENTO *in* TORRES, 2001, p. 40)

<sup>140</sup> Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito

em uma situação de conflito entre bens e valores protegidos constitucionalmente ou nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, o legislador, através dos limites imanentes, e o Judiciário podem motivadamente, em determinadas situações, estabelecer graus de precedência de um direito ou de um princípio sobre o outro. (GONÇALVES, 2006, p. 207)

O princípio da proporcionalidade é doutrinariamente dividido em três subprincípios: a) da adequação: exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir aos resultados almejados; b) da necessidade, impõe a opção pelo meio menos gravoso para atingir o fim almejado; c) proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza a ponderação entre os efeitos positivos da norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários.

Na lição de Robert Alexy os três princípios expressam a ideia de otimização. Os direitos fundamentais, como princípios, são mandados de otimização. Como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível em atenção às expectativas fáticas e jurídicas.<sup>141</sup>

A lei da ponderação é um subprincípio do princípio da proporcionalidade. Esta lei mostra que a ponderação pode se decompor em três passos. No primeiro se estabelece o grau de descumprimento ou redução de um princípio, logo, se verifica a comprovação da satisfação do princípio contraposto, e, finalmente, se determina se a importância da satisfação do princípio contraposto justifica o descumprimento do outro.<sup>142</sup>

Para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, *ser apta para os fins a que se destina, ser menos gravosa possível para que se logrem tais fins, e causar*

---

e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (ATALIBA, 2007, p.08)

<sup>141</sup> *Ese principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de la optimización. Los derechos fundamentales, como principios, son mandatos de optimización. Como mandatos de optimización los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fáticas y jurídicas.* (ALEXY, 2010, p. 111)

<sup>142</sup> *Esta ley muestra que a ponderación se puede decomponer en tres pasos. En el primero se establece el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, luego, se comprueba la comprobación de la satisfacción del principio contrapuesto, y, finalmente, se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro.* (ALEXY, 2010, p. 112)



*benefícios superiores às desvantagens que proporciona.* (SARMENTO in TORRES, 2001, p.58).

Este princípio desempenha um papel extremamente relevante no controle de constitucionalidade dos atos do poder público, na medida em que ele permite de certa forma a penetração no mérito do ato normativo, para aferição da sua razoabilidade e racionalidade, através da verificação da relação custo-benefício da norma jurídica, e da análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida. (SARMENTO in SARLET, 2001, p.57)

A proporcionalidade impõe que os prejuízos devem ser proporcionais ou, melhor, devem ser justificados ou legitimados pelos benefícios trazidos. As vantagens devem superar as desvantagens. (OLIVEIRA, 2010, p.366)

Rosângela Marina Luft bem sintetiza a aplicação do método de ponderação no exemplo que segue:

Estão dispostos entre os incisos do art. 1º da Constituição Federal dois princípios fundamentais que devem nortear todo o direito nacional: a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III) e a *livre iniciativa* (art. 1º, IV). Este último tem como consequência o reconhecimento expresso de que no Estado brasileiro, um dos modos de produção predominante é o capitalista. Já a dignidade da pessoa humana se manifesta nas condições básicas que devem ser providas a todo o ser humano, destacando-se [...] as necessidades básicas relacionadas ao direito social à moradia (art. 6º, da CF). Existem boas e justas razões para o Estado proteger e garantir estes dois valores fundamentais. Contudo, em muitas situações, o acolhimento de um tem como consequência a supressão do outro. [...] existem circunstâncias em que se deve fazer a ponderação das condições concretas e se definir uma hierarquia de valores.” (LUFT, 2005, p. 61)

Luís Roberto Barroso cita uma decisão do Tribunal Federal Alemão no seguinte sentido: “*os conflitos somente se podem resolver na medida em que se chega à conclusão de que disposição constitucional é a que tem maior peso para a questão que se vai decidir em concreto*” (BARROSO, 2004, p.201)

A hierarquia dos valores na Constituição Brasileira está ditada por seus fundamentos, seus objetivos e direitos de seus cidadãos.

Registram Ubaldo Cesar Balthazar e André Zapieri Alves, que há certamente, uma evolução humanística, voltada para a aplicação de princípios aparentemente esquecidos, como legalidade, equidade, igualdade, fraternidade, princípios estes relacionados, num campo específico da tributação com a razoabilidade e a proporcionalidade. (BALTHAZAR; ALVES, 2004)

O princípio da razoabilidade<sup>143</sup> é instrumento a serviço do dirigismo constitucional que opera para dar densidade à programaticidade, às diretivas da Lei Fundamental, fator de interpretação e aplicação das normas em prol da conformação, isto é, da vinculação do equânime, do justo. (OLIVEIRA, 2010, p.365). É também parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. (BARROSO, 2004, p.224)

Certo positivismo arraigado na formação jurídica nacional retardou o ingresso do princípio da razoabilidade na jurisprudência brasileira, por falta de previsão expressa na Constituição. Inequivocamente, contudo, ele é uma decorrência natural do Estado democrático de direito e do princípio do devido processo legal, passando a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. (BARROSO, 2004, p. 245).

Estes vieses de interpretação constitucional permitem compreender melhor o Estado Democrático de Direito<sup>144</sup> vigente no Brasil, pois uma visão estritamente positivista prejudica o papel central que os princípios desempenham no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.5 DESTINAÇÃO DE RECEITA TRIBUTÁRIA PARA PRODUÇÃO DE MORADIA**

Existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção. As garantias destinam-se a assegurar a fruição dos bens e são modos de organização ou de atuação do Estado.

Todavia, como ensina Paulo de Barros Carvalho de nada adiantam direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Maior, se os órgãos a quem compete efetivá-lo não o fizerem com a

---

<sup>143</sup> É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em um dado momento ou lugar. (BARROSO, 2004, p. 224) Registre-se que o termo razoabilidade-proporcionalidade são aplicados de modo fungível (BARROSO, 2010, p.305)

<sup>144</sup> O Estado Democrático de Direito é síntese dialética que supera o individualismo abstrato e a neutralidade do Estado Liberal. (BALEIRO, 2006, p.839)

dimensão que o bom uso do jurídico requer. (CARVALHO *in* MARTINS, 2005, p.410).

A verdade é que geralmente justiça e utilidade social são qualidades da norma perfeita, que apresenta validade material e eficácia jamais compreendidas pelo dissenso ou pela desobediência reiterada. (MELO, 1998, p.32)

Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim. (DWORKIN, 2010, p.414). A falta da elaboração de um sistema de garantia dos direitos sociais representa não só um fator de ineficácia de direitos, mas também um terreno fecundo para a corrupção e o arbítrio. (FERRAJOLI, 2006b, p.16)

A garantia de um direito precisa mover o corpo político. Adverte Jean-Jacques Rousseau que no corpo político há dois motores: a força e a vontade, esta sob o nome de Poder Legislativo, aquela sob o de Poder Executivo, e sem o concurso desses dois poderes nada se faz ou deve fazer na sociedade política. (ROUSSEAU, 2001, p.63)

A ação do Poder Executivo, como atividade administrativa, há de ser precedida pela legislativa e nesta encontra o *próprio guia, o próprio fundamento e o próprio limite*. (ATALIBA, 2007, p.23).

O legislador se limita à enunciação abstrata da norma. A concretização ulterior da norma é confiada à autoridade administrativa, que é vinculada pela lei e não pode desrespeitá-la. Se for preciso, o executivo será chamado à observância das leis pelos órgãos jurisdicionais, pelo que fica excluída a possibilidade de atos arbitrários pela autoridade administrativa.

Assim como o Executivo está condicionado pelo Legislativo, este está condicionado pela Constituição. Neste sentido:

Os preceitos fixados pelo Constituinte apontam nortes, consagram diretrizes e fixam regras que engendram para o legislador ordinário um estatuto similar ao da relação de administração, no sentido de que os fins constitucionalmente consagrados – e não a livre vontade do legislador – dominam as formas de legislação. (ATALIBA, 2007, p.143)

Esta posição define a prevalência do governo das leis sob o governo dos homens. Geraldo Ataliba, ao comentar Kelsen, conclui: *à circunstância de um órgão dever observar ou respeitar normas emanadas de outro corresponde, rigorosamente ao rule of law, que*

*encontra a plenitude de suas virtudes na república-representativa*<sup>145</sup>. (ATALIBA, 2007, p.34)

No constitucionalismo republicano o Estado é impedido de fazer o que deseja, quando quer, de qualquer modo.

Ao desempenhar suas competências, os órgãos do Estado – em respeito à Constituição – são peados quanto à forma, à substância e à oportunidade de seus atos; e são limitados, absoluta e peremptoriamente pelo rol de direitos individuais, que, por isso mesmo, são universalmente reconhecidos como obstáculo intransponível à sua ação. (ATALIBA, 2007, p.153)

O governo das leis é um Estado de Direito no qual se expressa a supremacia do direito e a superação do arbítrio. Onde há lei escrita não pode haver arbítrio, pois há vinculação. Sob a égide do primado da lei o cidadão se protege do arbítrio do mau governante e controla o governo, que é ritualizado pelo direito positivo.

Um poder obrigado a se expressar segundo regras gerais e no interior de formas predeterminadas é, de fato, um poder mais transparente – ou menos opaco – é por isso mais “visível” e controlável por parte dos cidadãos. (ZOLO, 2006, p.36)

Aristóteles manifestou-se favorável ao primado da lei sobre o primado dos homens, pois *aquela é irretorquível e alma humana subordinada às paixões*. (ARISTÓTELES, 2001, p.108). O governo dos homens se apresenta de uma forma rudimentar através da figura do soberano-pai que exerce o poder não à base de normas preestabelecidas e mediante normas abstratas e gerais, mas à base da sabedoria e mediante disposições dadas caso a caso, segundo as necessidades e carências, das quais apenas ele é interprete autorizado. (BOBBIO, 2000, p.177)

Na atualidade, o governo dos homens se traduz num clientelismo. Produz a impressão que os benefícios sociais são decorrentes da boa vontade do pai-soberano a quem os súditos devem eterno agradecimento.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> A expressão de democracia representativa significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade. (BOBBIO, 2000, p.56)

<sup>146</sup> Um exemplo bastante comum no Estado de Santa Catarina são as faixas colocadas nas beiras das estradas pelas comunidades e famílias em agradecimentos pelo asfaltamento da via durante os atos de inauguração e entrega da obra.

Norberto Bobbio prefere, sem hesitação, o governo das leis ao governo dos homens, pois aquele celebra o triunfo da democracia<sup>147</sup>. (BOBBIO, 2000, p.185)

Diante do governo das leis o princípio do bom governo está completamente invertido: não é a boa lei que faz o bom governante mas o sábio legislador que realiza o bom governo ao introduzir boas leis. Os homens vêm antes das leis: o governo das leis, para ser um bom governo (e não pode ser um bom governo se não são boas as leis a que deve conformar a própria ação), pressupõe o homem justo, capaz de interpretar as carências de sua cidade. (BOBBIO, 2000, p.178)

Na fala de Norberto Bobbio há uma supervalorização da figura do legislador como produtor da norma jurídica, permanecendo sobre este o encargo de produzir boas normas para um bom governo.

Neste campo, a política jurídica<sup>148</sup> traz lições importantes. A primeira delas é a identificação da consciência moral, da qual a consciência jurídica é uma espécie, como processo adaptativo do homem ao seu universo cultural. Assim, a consciência jurídica teria a ver com o senso comum valorativo do indivíduo ou da sociedade, no que se refere à *capacidade de decidir sobre o justo e o injusto, o que seja socialmente útil ou inútil*, com incidência sobre as normas de conduta. Tal entendimento expressa a dimensão das representações jurídicas na projeção da norma que deva ser e como deva ser. (MELO, 1998, p.26). A consciência jurídica é árbitro para julgamento axiológico e fronteira demarcando a área de atuação do poder institucionalizado. (MELO, 1994, p.128)

A segunda lição é o estudo das tendências para construção da norma.

O desenvolvimento das ciências sociais está permitindo excelentes estudos preditórios (*sic*) sobre o futuro próximo, com base em tendências históricas que são devidamente analisadas e

---

<sup>147</sup> E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste um bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? “Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência”. (BOBBIO, 2000, p. 185)

<sup>148</sup> Como toda política, a do Direito está implicada com valores, devendo o especialista que dela se ocupe ter em mente que esses valores possam ser tratados racionalmente. (MELO, 1994, p.125)

projetadas com o necessário rigor científico. Evidentemente tais projeções servem para nos advertir sobre o que provavelmente acontecerá se não houver intervenção humana para modificar o rumo das tendências. (MELO, 1998, p.29)

O político-jurídico deverá assim empreender esforços para alcançar a norma mais útil e mais justa. Não obstante, como a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, democraticamente por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. (DANTAS, 2010, p.26)

O povo, pela soberania, já identificou os direitos sociais que precisam amparo estatal, não restando ao administrador esfera de escolha na aplicação de recursos públicos para execução dessas políticas.

Para Luigi Ferrajoli a expansão da democracia constitucional depende da introdução de adequadas garantias primárias na forma de obrigações legais do tipo universal, relacionadas aos direitos sociais, a cargo da esfera pública, apoiadas em vínculos constitucionais de cotas mínimas de gastos sociais, e leis infraconstitucionais regulatórias como garantias secundárias de controle jurisdicional em caso de descumprimento. (FERRAJOLI, 2005, p.374).

O exemplo paradigmático, a partir desta perspectiva, é a satisfação mediante a lei, de maneira generalizada, do direito social de subsistência, mediante a distribuição de uma renda mínima garantida a todos os maiores de idade<sup>149</sup>.

Afirma Ferrajoli que a garantia *ex lege* dirigida a assegurar a todos um mínimo vital requer formas de arrecadação fiscal suficientemente progressivas para recuperar seu custo dos titulares de rendas superiores.

Alberto Nogueira é providencial ao citar Friedrich Hayek quando escreve: *o principal instrumento de mudança deliberada na sociedade moderna é a legislação – a invenção humana de mais pesadas consequências, seus efeitos são mais poderes que a invenção do fogo e da pólvora*. (NOGUEIRA, 1997, p.398)

---

<sup>149</sup> *El ejemplo paradigmático, desde esta perspectiva, es la satisfacción mediante ley, de manera generalizada, del derecho social a la subsistencia, mediante la distribución de un ingreso mínimo garantizado a todos los mayores de edad*. (FERRAJOLI, 2005, p. 375)

Para lidar com o problema do abuso do poder a criação de regras e salvaguardas constitucionais impondo limites para a margem de decisão e ação discricionária dos governantes de forma alguma prescinde de um generoso insumo de moralidade política. (FONSECA, 1993, p.148). Todavia, como no Brasil a moralidade política não tem dado a graça da presença constante, o agir do governo precisa, ainda mais, estar vinculado à lei.

Quando o governante faz política pública aleatória à ordem constitucional (que dita os direitos sociais fundamentais a serem garantidos por prestações positivas) há supremacia do arbítrio, sua vontade prevalece sobre a vontade constitucional.

Para garantir o direito social de moradia, um caminho<sup>150</sup> constitucionalmente cancelado é a vinculação da ação do administrador (executivo) à lei<sup>151</sup> (legislativo) pela obrigatoriedade de aplicar recursos para produção de moradia – eleita pela vontade soberana como direito fundamental.

Garantir moradia é garantia de vida, de igualdade, de dignidade. Este agir direcionado à consecução do direito social fundamental de moradia é dever do governo.

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo não deve somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas

---

<sup>150</sup> Um direito social pode ser garantido de modo tão mais pleno, simples e eficaz no plano jurídico, tão menos custoso no plano econômico e estar tão mais protegido contra a discricionariedade político-administrativa e, portanto, contra o arbítrio e corrupção por essas alimentadas, quanto mais a intermediação burocrática exigida para sua satisfação for reduzida e, no limite, eliminada através da sua igual garantia a favor de todos por obra de leis quanto mais gerais e abstratas possível. (...) Naturalmente, essas garantias sociais têm um alto custo econômico. Mas se trata precisamente do custo da efetiva satisfação dos relativos direitos, compensado, por outro lado, além do mínimo indispensável e dos níveis mínimos de igualdade substancial por ela assegurados, pela redução dos desperdícios produzidos pelos enormes aparelhos burocráticos e parasitários que hoje administram a assistência social de forma, algumas vezes, corrupta e com critérios potestativos e discriminatórios. (FERRAJOLI, 2006, p. 452/453)

<sup>151</sup> Ensina Peces-Barba que a lei precisa desenvolver o direito social, indicando o meio de eficácia, em respeito a tripartição dos poderes. *No se puede exigir su garantía y su reconocimiento por los tribunales si no existe ley que los desarrolle, pero los posibles beneficiarios están protegidos porque si es obligatorio su respeto por los tres poderes del estado, que no podrán actuar contra ellos, que no podrán realizar políticas ni construir jurídicamente en contradicción con estos parámetros.* (PACES-BARBA, 2007, p.95)

com igual consideração e igual respeito. Não deve distribuir bens e oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. (DWORKIN, 2010, p.417)

O modelo capitalista já deu conta de maximizar a exclusão. Seu avanço fará alguns humanos serem relegados a viver isolados – desumanizados<sup>152</sup>. Assim Aliomar Baleeiro retrata esta desigualdade:

O engenho tecnológico empregou-se inteiramente na multiplicação dos bens, esquecido de que Nazareno não só multiplicou os pães, mas também os distribuiu entre as atônitas testemunhas do milagre, talvez as mesmas que viriam a assistir a resposta afirmativa à indagação insidiosa sobre o tributo devido a César. (BALEEIRO, 2006, p. 838)

A globalização da economia e a ausência de regras têm provocado um crescimento exponencial das desigualdades: um aumento das riquezas junto com o aumento da pobreza. Menos de trezentos milionários possuem mais riqueza que a metade da população mundial, ou seja, três bilhões de pessoas. (FERRAJOLI, 2005, p.377)

No Brasil, há uma perversa distribuição de renda, com os 50% mais pobres detendo uma parcela de apenas 12,3% da renda nacional, enquanto os 20% mais ricos detêm 62,4% da renda. (Dados de 2002)<sup>153</sup>

Os excluídos dos benefícios materiais e simbólicos da modernização devem se agrupar e se organizar a fim de buscarem alternativas para sobreviver como espécie e como humanidade, buscando a dignidade do trabalho, da moradia, da alimentação, visando à solidariedade social. (ANGNES; BUFFON; MORIGI, 2010, p.102)

A solução, consoante a Constituição Republicana, consiste em possibilitar condições de desenvolvimento humano, custeados pelo tributo, de forma solidária. O caminho da igualdade é o caminho da paz. Mas, às vezes, o caminho da paz se constrói na luta. Este é o magistério de Rudolf von Ihering:

---

<sup>152</sup> O ser humano, através do direito, possui e defende sua existência moral – sem direito, ele se rebaixaria até os animais, como já faziam os romanos, que, do ponto de vista do direito abstrato, nivelavam os escravos aos irracionais. (IHERING, 2011, p. 55)

<sup>153</sup> [www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/20sistemasadministraçãoTributaria.pdf](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/20sistemasadministraçãoTributaria.pdf)



O povo que não reage, quando o vizinho lhe furta uma milha quadrada de terra, verá que, em breve, toda a terra lhe será arrebatada e, assim, quando nada mais tiver a perder, terá deixado de existir como Estado – e um tal povo não merece mesmo melhor destino. (IHERING, 2011, p.51)

É, certamente, cenário de luta, onde o interesse de um sempre se contrapõe ao interesse de outrem. Afirma lucidamente Madison *apud* Aliomar Baleeiro: *a distribuição diversificada e desigual da propriedade foi a fonte mais comum e durável das facções. Os que tinham propriedade e os que não a tinham sempre constituíram interesses distintos na sociedade.* (BALEEIRO, 2006, p.835)

Por certo, tudo está a indicar que o futuro exigirá um direito reconceituado, cujo alcance não se resume a permitir, impedir ou sancionar condutas do dia-a-dia, mas que seja capaz de reordenar, em novas bases éticas, toda a convivência social, redefinindo o papel do Estado e dos cidadãos perante as reais necessidades da vida, historicamente escamoteadas pela retórica do Poder que pretende sempre justificar formas injustas de dominações e privilégios. (MELO, 1994, p.133)

Ao tempo que o contribuinte entrega parte de sua riqueza<sup>154</sup> em prol da justiça social, o Estado faz justiça distributiva, aplicando, de forma vinculada, a receita arrecadada, na produção social de moradia.

### **3.6 PERSPECTIVAS DE VIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL DE MORADIA**

A tributação é o instrumento que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Afirma Hugo de Brito Machado que sem ele não poderia o Estado realizar seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. De modo que o tributo é *inegavelmente a grande e talvez única arma contra a estatização da economia.* (MACHADO, 2003, p.42)

Neste mesmo cenário, há o desafio que precisa ser enfrentado visando transformar o direito à moradia dos textos legais num pertence de vida digna de todos os brasileiros. O déficit habitacional<sup>155</sup> brasileiro

---

<sup>154</sup> Devo, todavia, sacrificar uma parte do meu bem-estar a favor dos outros, sem esperança de retorno, porque se trata de um dever e é impossível atribuir limites determinados à extensão desse sacrifício. (KANT, 2008, p. 237)

<sup>155</sup> Como déficit habitacional, que demanda reposição ou incremento do estoque de moradias, são classificados os domicílios improvisados e os rústicos – as habitações precárias -, parte da

em 2009 foi estimado pelo Ministério das Cidades, em parceria com a Fundação João Pinheiro, em aproximadamente seis milhões e duzentas mil novas moradias<sup>156</sup>.

O imposto de renda constitui um tributo significativo em arrecadação, que representou 25,03% da receita tributária arrecadada pelo governo federal no período de 2005 a 2009. A arrecadação com o imposto de renda só é menor, na esfera federal, que a arrecadação tributária vinculada ao orçamento da seguridade social, que totalizou no mesmo período 37,29% do total<sup>157</sup>. Na classificação geral da receita tributária por relevância do tributo o IR somente é antecedido pelo ICMS, que importa maior arrecadação.

José Afonso da Silva assevera que na concepção do imposto de renda entra toda disponibilidade econômica ou jurídica proveniente do rendimento do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, assim, como todo acréscimo ao patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas. É o mais rentável do sistema tributário nacional. De modo que, capta receita adequada para os cofres públicos e graças à flexibilidade de sua incidência é capaz de promover a expansão econômica e corrigir as desigualdades da distribuição da renda. (SILVA, 2007, p.602)

Na lição de Marilene Talarico Martins Rodrigues o imposto de renda é de grande importância na vida econômica moderna como fonte de arrecadação aos cofres públicos e como função econômico-social a cumprir. É um imposto que resulta do próprio desenvolvimento da economia capitalista e burguesa. (RODRIGUES *in* MARTINS, 2010, p. 419)

Coexistem demanda por moradia e recursos públicos. Necessário encontrar mecanismos que conectem a necessidade à solução.

A opção pela vinculação do imposto de renda justifica-se por tratar-se de um imposto de égide liberal. Ao neoliberalismo, como política de exclusão, pode-se atribuir o grande valo que separa ricos de pobres, pela desigualdade social.

Acredita-se que a justiça social se alcançará tendo a vinculação da arrecadação de percentual do imposto de renda destinado à produção de moradia. Na esfera local, poderá haver vinculação de percentual do

---

coabitação familiar, o ônus excessivo com aluguel (comprometimento de mais de 30% da renda familiar com aluguel entre as famílias que ganham até três salários mínimos) e, introduzindo na versão atual, o adensamento excessivo nos domicílios alugados. ([www.fjp.gov.br/index.php/banco-de-noticias](http://www.fjp.gov.br/index.php/banco-de-noticias))

<sup>156</sup> In [www.fjp.gov.br](http://www.fjp.gov.br)

<sup>157</sup> [www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2009.pdf](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2009.pdf)

IPTU, especialmente a arrecadação do IPTU progressivo<sup>158</sup>, nos moldes constitucionais e nos termos do Estatuto da Cidade. Todavia, não poderá ficar restrito a esta fonte de receita, tendo em vista que em muitos municípios do Brasil a arrecadação do IPTU é inexpressiva<sup>159</sup> para uma política tão cara quanto à produção de moradia.

A Política Nacional de Habitação tem por objetivo promover a universalização do acesso à moradia. Esta política se desenvolve especialmente através do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), instituído pela Lei 11.124/2005. Referida norma criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) – um fundo de natureza contábil, com o objetivo de centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do SNHIS, destinados a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda.

O FNHIS é constituído por recursos do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), outros fundos ou programas que vierem a ser incorporados ao FNHIS; dotações do Orçamento Geral da União, classificadas na função de habitação; recursos provenientes de empréstimos externos e internos para programas de habitação; contribuições e doações de pessoas físicas ou jurídicas, entidades e organismos de cooperação nacionais e internacionais; receitas operacionais que lhe vierem a ser destinados; receitas decorrentes da alienação dos imóveis da União que lhe vierem a ser destinadas e outros recursos que lhe vierem a ser destinados.

Os Estados e Municípios deverão constituir um Fundo local, com dotação orçamentária própria, destinado a receber os recursos do FNHIS, além de atender a outros requisitos previstos no artigo 12, da Lei 11.124/2005. Todavia, as transferências do FNHIS aos fundos locais ficam condicionadas a contrapartida do respectivo ente federado<sup>160</sup>, exigência que pode tornar-se obstáculo ao repasse do recurso.

---

<sup>158</sup> Nos termos do artigo 5º do Estatuto da Cidade o Município pode fixar prazo para edificação no imóvel urbano que não cumpre sua função social e não atendida à exigência poderá aplicar o IPTU progressivo no tempo, mediante a majoração de alíquotas. A alíquota máxima que poderá ser aplicada é de quinze por cento do valor do lançamento fiscal do imóvel. (SAULE JUNIOR, 2004, p.279)

<sup>159</sup> O IPTU representou no período de 2005 a 2009 apenas 1,16% da arrecadação tributária dos municípios. [www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2009](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2009).

<sup>160</sup> No caso das transferências com contrapartida, o ente central transfere o valor proporcionalmente ao que o beneficiário aplicar no objetivo estabelecido pelo ente transferidor. Na realidade este tipo de transferência seria condicional: a sua peculiaridade é no valor que será transferido, que dependerá do esforço do ente beneficiário em implementar a política pública nos moldes desejados pelo ente transferidor. (CARVALHO, 2010, p.20)

Como descrito, há uma estrutura legislativa e administrativa vigente no Brasil para viabilizar a política habitacional. O que precisa é vincular receita e destiná-la aos fundos.

Defende Emília Reguer que a autonomia financeira dos entes subnacionais requer o automatismo do sistema de financiamento com a garantia de que os recursos não fiquem à discricionariedade do ente central, mas sim que sejam fixados de maneira automática e com variáveis objetivas e determinadas. (*apud* CARVALHO, 2010, p. 13)

A alternativa para garantir a política local de habitação é a criação de mecanismos de repartição da receita arrecadada pelo FNHIS, por meio de transferência indireta, aos moldes do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Esta medida garantiria uma política local continuada, de acordo com as demandas existentes nos Municípios e evitaria o corte discricionário das verbas, o que prejudica, ciclicamente, o gasto público.

Num país de dimensões continentais como o Brasil, composto por 5.565 Municípios<sup>161</sup>, com características regionais determinantes, é inviável pensar em concentração de receitas na União para execução de política pública no Município. As pessoas vivem no Município.

O respeito à autonomia do Município engloba também a autonomia na gestão do gasto público. (CARVALHO, 2010, p.15)

Encurtar o caminho da aplicação da receita é também medida de cautela diante do desvio de recursos públicos, histórico no Brasil.

Para tanto há necessidade de alteração constitucional para mitigação do princípio da não afetação incluindo-se nas exceções da vinculação da receita tributária o permissivo para destinar recursos do Imposto de Renda (IR) e Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU) à produção social de moradia. Necessária também a alteração da Lei 11.124/2005 para prever a possibilidade de transferência aos fundos municipais.

Localmente, a regulamentação dos fundos poderia prever políticas de reforma e melhoramento nas unidades habitacionais, construção de novas unidades habitacionais, construção de casas de passagem<sup>162</sup> e financiamentos subsidiados. As casas de passagem serviriam como resposta imediata a situações emergenciais. As reformas e novas unidades incorporar-se-iam ao patrimônio dos beneficiados com

---

<sup>161</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Munic%C3%ADpios\\_do\\_Brasil](http://pt.wikipedia.org/wiki/Munic%C3%ADpios_do_Brasil), acesso em 03/09/2011.

<sup>162</sup> Imóveis de propriedade da municipalidade para abrigo temporário de famílias, nos casos de incêndio, dissolução de sociedade conjugal, despejo por medida judicial, intempéries etc.

vistas consolidar o atendimento do mínimo existencial<sup>163</sup> na unidade familiar. Modalidades de comodato poderiam servir de trampolim para a acumulação de capital (exemplo: economizar recursos do aluguel para custear o financiamento da casa própria). Os financiamentos garantiriam a liberdade de escolha do local e tipo de construção.

Com Antonio Carlos Wolkmer, pode-se afirmar que o atual estágio de desenvolvimento da modernidade confirma os limites e a insuficiência dos modelos culturais, normativos e instrumentais que justificam a dimensão da vida, a organização social e os parâmetros de cientificidade. E, portanto, *tornar-se prioritário criar mecanismos que, partindo de reflexões histórico-materiais e transcendendo a mera retórica discursiva, especifiquem um projeto de transformação do real.* (WOLKMER, 2009, p.217-219)

Este é o campo de atuação do político do direito que...

será o advogado, o parecerista, o professor, o assessor jurídico, o juiz, o legislador, enfim todo aquele que, impregnado de humanismo jurídico e treinado na crítica social, apresente-se com a perspectiva das possibilidades, ponha sua sensibilidade e sua experiência a serviço da construção de um direito que pareça mais justo, legítimo e útil. (MELO, 1994, p.132)

Indicar novas vinculações é projetar o novo, com continuidade. Infelizmente no Brasil a política habitacional sempre foi estanque, como resposta a períodos ou vontades individuais de governantes.

A última iniciativa governamental foi o Programa Minha Casa, Minha Vida, que adentrou no ordenamento jurídico por Medida Provisória (atual MP 514/2010) e se mantém há 02 anos. O programa prevê continuidade até 2014, para atingir a meta de dois milhões de habitações<sup>164</sup>.

Registre-se que muitos municípios brasileiros, devido à sua população, não tinham acesso ao SNHIS, eis que este somente autorizava a participação em seus projetos aos entes com um mínimo de 50 mil habitantes. Somente em 05/05/2011 a Resolução n. 43 do

---

<sup>163</sup> Ao referir-se à justiça distributiva, John Rawls afirma que os mínimos existenciais precisam ser analisados pelo princípio da diferença. Ao *aplicarmos ao princípio da diferença, a expectativa adequada é a de que as perspectivas a longo prazo dos menos favorecidos se estenda às gerações futuras. Cada geração deve não apenas preservar os ganhos de cultura e civilização, e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas também poupar a cada período de tempo o valor adequado para a acumulação efetiva de capital real.* (RAWLS, 1997, p. 315)

<sup>164</sup> [www.cidades.gov.br/images/stories/arquivosSNH/arquivosPHF/medidaprovisoria/destaques](http://www.cidades.gov.br/images/stories/arquivosSNH/arquivosPHF/medidaprovisoria/destaques)

Conselho Gestor do Fundo de Nacional de Habitação de Interesse Social possibilitou que Municípios com menos de 50 mil habitantes pudessem elaborar planos locais simplificados, aderindo aos programas federais.

Se o Estado for inerte na garantia da dignidade humana, e continuar a sonegar o mínimo para existência, os maculados pela exclusão<sup>165</sup> (seus súditos) podem legitimamente resistir ao Estado Democrático, pois este faz corroer o adjetivo democrático cada vez que não mantém como núcleo duro seus fundamentos (art. 1º, CF/88).

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo momento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia, sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. (BOBBIO, 2004, p. 21)

Frente à omissão, o direito de resistência e revolta, o retrocesso da paz. Diante das garantias, a harmonia e evolução humana. Em síntese

RECEITA TRIBUTÁRIA – MORADIA	
SEM VINCULAÇÃO	COM VINCULAÇÃO
<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ GOVERNO DOS HOMENS</li> <li>▶ VONTADE DO GOVERNANTE</li> <li>▶ AÇÃO DISCRICIONÁRIA</li> <li>▶ DIREITO SEM GARANTIA</li> <li>▶ CRESCIMENTO DE DESIGUALDADES</li> <li>▶ MODELO INSUFICIENTE</li> <li>▶ CAMINHO DO CAOS</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ GOVERNO DAS LEIS</li> <li>▶ VONTADE DA CONSTITUIÇÃO</li> <li>▶ AÇÃO VINCULADA</li> <li>▶ DIREITO COM GARANTIA</li> <li>▶ JUSTIÇA DISTRIBUTIVA</li> <li>▶ PROJETO DE TRANSFORMAÇÃO</li> <li>▶ CAMINHO DA PAZ</li> </ul>

<sup>165</sup> Quando se trata de eu fomentar felicidade como um fim que é também um dever, é forçoso, conseqüentemente, que seja a felicidade de outros seres humanos, de cujo fim (permitido) faço assim meu próprio fim também. (...) a adversidade, o sofrimento e a carência constituem grandes tentações para a violação do próprio dever. Seria possível parecer, portanto, que a prosperidade, o vigor, a saúde e o bem-estar em geral, que barram a influência daqueles, poderiam igualmente ser tidos como fins que são deveres, de sorte que se tivesse o dever de promover a própria felicidade e não simplesmente a alheia. Mas nesse caso o fim não é a felicidade do sujeito, mas sua moralidade, e a felicidade não passa de um meio para a remoção de obstáculos para sua moralidade – um meio permitido, uma vez que ninguém mais tem o direito de exigir de mim que sacrifique meus fins, se estes não forem imorais. Buscar a prosperidade pela própria prosperidade não é diretamente um dever, mas indiretamente pode muito bem ser um dever, **o de afastar a pobreza na medida em que esta constitui uma grande tentação para o vício**. Mas então não é minha felicidade, e sim a preservação de minha integridade moral, que constitui meu fim e, também, meu dever. (KANT, 2008, p. 232) (GN)



## CONCLUSÃO

A Revolução Francesa é um divisor de ideias no mundo do direito. Marca o surgimento de um novo tempo insculpido pelos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. No primeiro momento, como fuga do absolutismo, o individualismo exacerbado afirmou a liberdade como um valor, e esqueceu-se dos outros dois princípios que iluminaram a bandeira da Revolução.

O único ideal da classe burguesa deu conta de distanciar o Estado da realidade social, em nome do não intervencionismo. Mas, no mundo dos diferentes, a exclusão gerada pela política liberal e as mudanças no processo produtivo conduziram a reclames por uma nova ordem.

O Estado liberal cede passo ao Estado social. O Estado do bem estar, que nasce paternalista e sufoca a autonomia e não dá conta de responder às demandas sociais, cada vez mais ampliadas.

Durante todo este processo o Brasil transita de uma colônia explorada a um Estado Democrático de Direito. Não foi nem liberal, nem social.

Por longa data o desenho democrático e republicano não descola da forma. Mas, aos poucos, o ser humano é posto no centro das atenções do jurídico, irradiado pelo pensamento Kantiano. Moral e direito se aproximam. Direitos fundamentais gritam por efetividade.

O palco democrático vai ganhando foros de substancialidade. Entram em cena novos sujeitos, outras dimensões de direitos, demandas no aguardo da direção estatal interveniente para igualar desiguais. O direito social fundamental à moradia como protagonista fica no centro do palco, no aguardo do efetivo texto.

O sistema tributário que fora construído no regime constitucional democrático porque dele é parte integrante põe-se a serviço do Estado, na busca da justiça social. Socorre-se na solidariedade e na justiça tributária: custeia o espetáculo.

Afastam-se obstáculos formais: não afetação de receitas, separação de poderes, interpretação constitucional desvinculada da realidade, reserva do possível. Apresentam-se os atores coadjuvantes: emenda constitucional, vinculação de receita tributária; repartição e repasse de recursos de forma direta.

O legislador dá o tom e o Executivo entoar a leitura da Carta substantiva de direitos.



Justiça distributiva, igualdade material, enaltecimento da dignidade humana. Espetáculo: garantia de moradia para todos. Nenhum espectador, todos partícipes.

Aplausos para a concretização do direito social de moradia. Para a inclusão. É a conclusão possível a que se chega, após as seguintes considerações, extraídas pontualmente dos capítulos analisados nesta dissertação:

1. O Brasil, após o advento da atual Constituição figura como República Federativa constituída como Estado Democrático de Direito. A partir desse pressuposto, a democracia e os direitos fundamentais são a essência norteadora do agir dos representantes do Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário).

2. A Constituição é o marco da nova ordem, que conduz ao centro definidor do agir estatal: a dignidade humana. O que permite afirmar que o Estado está a serviço do cidadão. E, portanto, o tributo (que é instrumento do Estado) precisa cumprir sua função no ordenamento: servir à justiça social, tendo por fim o bem comum, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

3. Na medida em que a sociedade evolui e ganha em complexidade, surgem novas demandas e categorias de sujeitos de direitos. Ao mesmo tempo, o modelo capitalista dá conta de aprofundar as desigualdades sociais. A luta pela liberdade delinea-se luta pela igualdade. E a igualdade se prefaz na garantia de um mínimo existencial que compõe a dignidade humana.

4. O Estado não pode ocupar o papel de não interventor. Precisa ser agente garantidor dos direitos sociais, por meio da execução de políticas públicas de transferência de riquezas. A tributação é o mecanismo de arrecadação que garante receita para execução dessas políticas.

5. As prioridades de ação estatal em prol da igualdade são ditadas pela Constituição. Vigem o governo das leis em oposição à arbitrariedade do governo dos homens. O que vale é a vontade constitucional, oriunda do povo – dono originário do poder.

6. O agir estatal não pode estar condicionado à reserva do possível. Pois, a arrecadação tributária brasileira (extremamente vultosa) dá conta de subsidiar o mínimo existencial. Para isso é imprescindível estancar a corrupção e priorizar investimentos no social.

7. A moradia é um direito social fundamental cuja negação implica na violação de outros direitos e perpetua exclusão social.

8. Atualmente a não vinculação da receita tributária não é vedação constitucional de núcleo duro, pois encontra ressalvas no inciso IV, do artigo 167, da Constituição Federal.

9. Vincular a receita tributária é antes de violação ao princípio da tripartição dos poderes e do federalismo, uma opção pela aplicação efetiva dos ditames constitucionais. Esta leitura é possível pela via da interpretação segundo à Constituição: na doutrina da efetividade, da força normativa da Constituição, do dirigismo constitucional e do método da ponderação.

10. O imposto de renda é um dos tributos que resulta em maior volume de arrecadação, e é expressão da capacidade contributiva do sujeito passivo. De modo que sua vinculação à produção de moradia responde ao princípio da justiça distributiva.

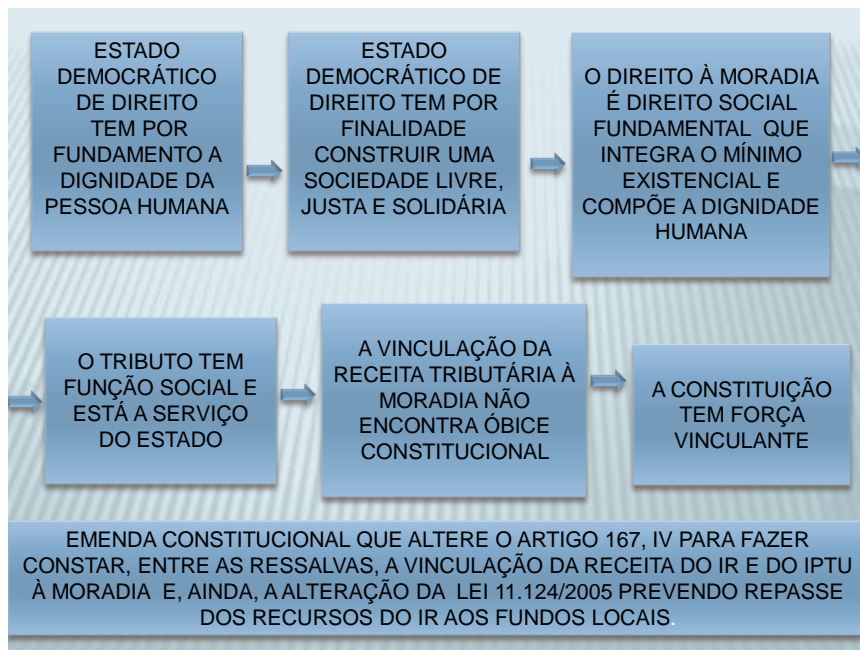
11. Outro imposto possível de ter receita vinculada é o IPTU. Não por seu volume de arrecadação, mas por incidir sobre a propriedade territorial, que guarda conexão com o direito de moradia (para morar é necessário ocupar um espaço territorial), e principalmente pela função extrafiscal do IPTU progressivo.

12. Existe um Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social que pode servir de plataforma para a execução de políticas públicas que garantam a moradia.

13. Conclui-se que para implementar o direito social de moradia no Brasil é necessária a vinculação da receita tributária do IR e do IPTU aos Fundos de habitação de interesse social, com repartição da receita do IR com os Municípios (fundos locais). Estes deverão ficar com a maior fatia da arrecadação para atender à demanda habitacional que possui peculiaridades locais.

14. Por fim, a viabilização da vinculação se opera pela vontade política de Emenda Constitucional que altere o artigo 167, IV da Constituição Federal para fazer constar, entre as ressalvas, a vinculação da receita do IR e do IPTU à moradia e, ainda, a alteração na Lei 11.124/2005 prevendo o repasse dos recursos do IR aos Fundos locais (municipais).

O quadro a seguir reúne as principais conclusões:



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, podenracion y racionalidad? (in) **El canon neoconstitucional**. Miguel Carbonell, Leonardo Garcia Jaramillo. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 106-116

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2ª Edición. Centro de Estudios Politicos y Constitucionales. Madrid, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14ªed.rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANGNES, Cláudia; BUFFON, Marciano; MORIGI, Valdir José. A evolução do papel do Estado na promoção dos direitos sociais – do Estado liberal ao pós-neoliberal. In **Revista de Direito Social**, n.40, out/dez.2010, p. 83-106

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª.ed.atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BACCELLI, Luca. Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito in **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Pietro Costa e Danilo Zolo (orgs.) São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 511-554

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar** - à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 10/1996. 7ªed. rev.compl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Manual de direito tributário**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

\_\_\_\_\_. ALVES, André Zampieri. A resistência ao pagamento de tributos no Brasil. Uma breve análise histórica e humanística. *in* **www.fiscosoft.com.br**. Publicado em 24/06/2004. Acesso em 30/08/2011.

\_\_\_\_\_. **História do tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. (org.). **O tributo na História: da Antiguidade à Globalização**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.226

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARRETTO, Vicente de Paulo, Reflexão sobre os direitos sociais, *in* SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

\_\_\_\_\_. (coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARRETO, Aires Fernandino. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A função tributária: por uma efetiva função social do tributo. *In* **Revista de Informação Legislativa** 169/158. Brasília: Senado Federal, jan-mar.2006.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral de direito tributário**. São Paulo: Lejus, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3ªed. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**. 7ªed. rev. e ampl. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 4ª impressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ªed. São Paulo; Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Código Tributário; Processo Civil; Constituição federal e legislação complementar/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da Constituição**. 3ªed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional**. 19ªed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito tributário**. 19ªed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito tributário, linguagem e método.** 2ªed. São Paulo: Noeses, 2008

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais tributários no sistema positivo brasileiro. *In*

MARTINS, Ives Gandra da Silva/ ELALI, André. (coords.). **Elementos atuais do direito tributário.** Curitiba: Juruá, 2005, p. 391-416.

CARVALHO, Andre Castro. *Path dependence* e reforma do sistema tributário e de federalismo fiscal brasileiro. *In* **Revista de Tributária e de Finanças Públicas** RTrib 92. 2010, p. 11-57.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2001.

CORRÊA, Caetano Dias. Direito, religião e fiscalidade no antigo testamento *in* BALTHAZAR, Ulbado Cesar (org.). **O tributo na História: da Antiguidade à Globalização.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 9-27

COSTA, Cláudia Maria da. **Direitos fundamentais sociais – releitura de uma constituição dirigente.** Curitiba: Juruá, 2006.

COSTA, Antonio Jose da. Composição da receita tributária municipal. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **Curso de Direito Tributário.** 12ªed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.885-898

COSTA, Regina Helena Costa. **Curso de Direito Tributário.** Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Alexandre Fernandes. Justiça Social: sociedade com pluralismo de fundamentações *in* **Revista de Direito Social** n. 37 Notadez. Jan-mar./2010, p. 11-36

DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas *In:* BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar.** 7ªed. rev.

Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In FARIA, José Eduardo (org.) **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **O Direito na economia globalizada**. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Pietro Costa e Danilo Zolo (orgs.) São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464

\_\_\_\_\_. **El derecho como sistema de garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 2006b.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão** – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONSECA, Eduardo Giannetti da. **Vícios privados benefícios públicos?: a ética na riqueza das nações**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

GOMES, Laurentino. 1822. **Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil** – um país que tinha tudo para dar errado. Edição juvenil ilustrada. Ilustrações de Rita Bromberg Brugger. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.



GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais** – releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

GRECO, Marco Aurélio; GODÓI, Marciano Seabra de (coords.) **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Planejamento tributário**. 2ed. São Paulo: Dialética, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. 2ª.ed. 2v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **O futuro da natureza humana** – o caminho de uma eugenia liberal? Tradução Karina Jannini. Revisão da tradução: Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

HEIM, Bruno Barbosa; SÁ, Célia Maria de Brito. Repensar a propriedade pública à luz do Estado Democrático de Direito: experiência dos alagados. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. V.1 (ago./set.2005) – Porto Alegre: Magister, 2005, p. 68-80.

HIERRO, Liborio L. *Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoria de los derechos de Robert Alexy*. In ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderacion**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p.163-222

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 6ª ed. revista da tradução de J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011.

INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia & a efetividade do processo** – contratos do sistema financeiro de habitação. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

JUNIOR, Nelson Saule. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

JOBIM, Nelson. A proposta de reforma tributária do governo federal. *in* BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (org.) (et al). **Reforma Tributária e Mercosul**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 191-218

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2ªed. revista. Tradução e textos adicionais de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2008.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. – (Coleção philosophia)

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991-1999.

LUFT, Rosangela Marina. Regularização Fundiária: superação de mitos e assimilação de premissas. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. V.1 (ago./set.2005) v25 (ago./set.2009) – Porto Alegre: Magister, 2005, p. 48-67

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 23ªed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo**. s/d.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O direito de defesa implodido**. 31 jan.2005. Disponível em [www.academus.pro.br/professor/ivesgandra](http://www.academus.pro.br/professor/ivesgandra). Acesso em: 16maio2008.

\_\_\_\_\_. (coord.) **Curso de Direito Tributário**. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 2010

MATTOS, Samuel da Silva. **Princípio da progressividade tributária como pressuposto para a realização da justiça social**. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, UFSC, Florianópolis, 2005. Trabalho não publicado.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994.

\_\_\_\_\_. **Temas atuais de política do direito**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.

MENDES, Marcos. Federalismo fiscal. *In* ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro (org.) **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 421-461.

MORAIS, José Luís Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização *in* SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MORAIS, Alexandre de. Federação brasileira – necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. **Revista de Direito Administrativo**. RDA, 2011, p.11-27

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. Função social do tributo no Brasil. *In* **Revista Tributária e de Finanças Pública**, 2011, RTrib n. 97, p. 49-63

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da constituição dirigente. (in) **JurisPoiesis**, ano 8, n. 8, jul 2005. p. 421-437.

NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, Luana. Solidariedade social e tributação. Uma análise constitucionalmente orientada. In **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, n. 96. 2011, p. 71-100

OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. **Morte & vida da Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PALMEIRA, Marcos Rogério. **Direito tributário versus Mercado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz Pasold. **Função social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Ed. do Autor, 1984.

PICCO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad. Maria de Lurdes Sigardo Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5ªed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen II. La filosofía de los derechos humanos. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid, 2001.

PECES-BARBA MARTINÉZ, Gregorio; LIESA, Carlos R. Fernández; CASCÓN, Ángel Llamas. **Textos básicos de Derechos Humanos**: con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional. Elcano: Editorial Aranzadi, 2001.

PECES-BARBA, Gregório. Reflexiones sobre los derechos sociales. In ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderacion**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 85-101

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Imposto de renda pessoa física. in MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **Curso de Direito Tributário**. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 419-437

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Liberdade e democracia**. São Paulo: Saraiva, 1987.

REVISTA VEJA. Edição 2240. Ano44. N.43 São Paulo: Editora Abril, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Norte, o Sul e a Utopia, in **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10ªed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ªed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In **Revista de Direito do Consumidor**, n. 46, p. 193-244, abr/jun.2003.(b)

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHELAVIN, José Ivan. **A teia do crime organizado**. Documentário: Força Nacional de Segurança Pública e operação no Rio de Janeiro. Crime Organizado: "Poder Paralelo", "Modus Operandi" e meios de Controle. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SEN, Amartya Sen. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. 5ª impressão. São Paulo: Companhia da Letras, 2000.

\_\_\_\_\_. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 1ªed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação** – Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SPAGNOL, Werther Botelho. **Da tributação e sua destinação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. (org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ªed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial *in* SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais** – a teoria contra o destino. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In* **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Pietro Costa e Danilo Zolo (orgs.) São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.03-94

ZAVARIZI, Índio Jorge. A fiscalidade no Brasil República. *In* BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. (org.) **O tributo na História**: da Antiguidade à globalização. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ZYAHAMA, Juliana Sayure de Oliveira. Capacidade contributiva e extrafiscalidade: o tributo como instrumento de modificação social (parte I). *in* **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas** – Caderno de Direito Comparado. v.14 (maio/jun.2009). Porto Alegre: Magister; São Paulo: Instituto Internacional de Ciências Sociais/Centro de Extensão universitária, 2009. p.40-64

[www.fjp.gov.br](http://www.fjp.gov.br)

[www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2009.pdf](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2009.pdf)

[www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/20SistemaAdministraçãoTributaria.pdf](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/estatisticas/20SistemaAdministraçãoTributaria.pdf)

[www.cidades.gov.br/images/stories/arquivosSNH/arquivosPHF/medida provisoria/destaques](http://www.cidades.gov.br/images/stories/arquivosSNH/arquivosPHF/medida provisoria/destaques)

[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)